

R E P U B L I C A D E C O L O M B I A
C O R T E S U P R E M A D E J U S T I C I A

G A C E T A J U D I C I A L

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

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CLXV — Número 2406
Bogotá, D. E., Colombia — Año 1982



R E P U B L I C A D E C O L O M B I A



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXV

1982

SALA DE CASACION CIVIL

**MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA
1982**

SALA PLENA

**Doctores: LUIS CARLOS SACHICA, Presidente
CESAR AYERBE CHAUX, Vicepresidente
Rafael Reyes Negrelli, Secretario General**

SALA CIVIL

**Doctores: JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER, Presidente
Rafael Reyes Negrelli, Secretario**

**MAGISTRADOS: Doctores José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Héctor Gómez Uribe
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Jorge Salcedo Segura**

SALA PENAL

**Doctores: DANTE L. FIORILLO PORRAS, Presidente
Alberto Mora Cogollos, Secretario**

**MAGISTRADOS: Doctores Fabio Calderón Botero
Dante L. Fiorillo Porras
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Luis Enrique Romero Soto
Alfonso Reyes Echandía
Pedro Elías Serrano Abadía
Darío Velásquez Gaviria**

SALA LABORAL

**Doctor: CESAR AYERBE CHAUX, Presidente
Señora: Berta Salazar Velasco, Secretaria**

**MAGISTRADOS: Doctores Jerónimo Argáez Castello
César Ayerbe Chaux
José Eduardo Gnecco Correa
Manuel Enrique Daza Alvarez
Juan Hernández Sáenz
Fernando Uribe Restrepo**

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: CARLOS MEDELLIN FORERO, Presidente
Pablo Mariño Angel, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Manuel Gaona Cruz
Ricardo Medina Moyano
Carlos Medellín Forero
Luis Carlos Sáchica

RELATORES: Doctores Amelia Barrera de Gáfaro, Sala Civil
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal
Gloria Flórez de Sabogal, desde el 1º de abril de 1981
Gladis Mayorga de Jimeno, Sala Laboral
Miguel A. Roa C., Sala Constitucional.



Bogotá, octubre de 1982

Señor doctor
César Ayerbe Chaux
E. S. M.

“La Corte Suprema de Justicia deplora sinceramente el retiro de la Magistratura que hace el doctor César Ayerbe Chaux, jurisconsulto ilustre, caballero sin tacha y compañero ejemplar, que presidió con sabiduría, talento y ecuanimidad los debates de la Sala Plena en momentos trascendentales que ya forman parte de la historia de Colombia y como integrante muy distinguido de la Sala de Casación Laboral, contribuyó a la renovación saludable y justiciera de las doctrinas sobre la materia, mediante providencias que siempre serán recordadas por su profundo contenido jurídico y su castiza expresión idiomática.

“Así mismo, la Corte le desea al doctor Ayerbe Chaux que en su regreso al ejercicio de la abogacía obtenga los éxitos que merecen su admirable

versación jurídica, su exquisita probidad y su dedicación constante al cumplimiento del deber.

“Insértese en el acta, transcribábase al doctor Ayerbe Chaux con las firmas de todos los Magistrados y publíquese en la *Gaceta Judicial*”.

Luis Carlos Sáchica
Presidente.

Jerónimo Argáez Castello, Manuel Enrique Daza Alvarez, Dante Luis Fiorillo Porras, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Juan Hernández Sáenz, Carlos Medellín Forero, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Hernando Uribe Restrepo, Fabio Calderón Botero, José María Esguerra Samper, Manuel Gaona Cruz, José Eduardo Gneco Correa, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Ricardo Medina Moyano, Alberto Ospina Botero, Luis Enrique Romero Soto, Jorge Salcedo Segura, Darío Velásquez Gaviria.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario General.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL

DOCTORA CARMEN R. AVELLA DE CORTES

RELATOR SALA LABORAL

DOCTORA ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ

RELATOR SALA PENAL

DOCTORA ILDA CORTES GOMEZ

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL

DOCTOR MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CLXV - Bogotá - Colombia - Enero a Diciembre de 1982 - Número 2406

TECNICA DE CASACION

En el recurso de casación no pueden resolverse cuestiones distintas de las que constituyeron el thema decidendum sometido a la jurisdicción en las instancias respectivas; son improcedentes los cargos formulados con apoyo en medios nuevos.

En principio no pueden darse simultáneamente y en relación con la misma norma, los conceptos de falta de aplicación y de aplicación indebida; pero cuando la norma sustancial contempla varias situaciones puede ser denunciada por inaplicación parcial de ella y a la vez por aplicación indebida de otra de sus partes.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Bogotá, D. E., 19 de enero de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 18 de mayo de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este proceso ordinario instaurado por el Municipio de Bolívar (Valle) en frente del Banco Cafetero, sucursal de esa ciudad.

I

El litigio

1. Mediante escrito del 23 de noviembre de 1979, el ya citado Municipio de Bolívar del De-

partamento del Valle, demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo al Banco Cafetero, Sucursal de Bolívar, con el fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el Banco demandado debe responder al demandante por el pago que aquél hizo el 24 de noviembre de 1976 a Nelson Correa Buitrago del cheque número 008070, "título que resultó falso en cuanto a la firma del señor Francisco Torres Fajardo, auditor fiscal del departamento";

b) Que, en consecuencia, se condene al sobredicho establecimiento bancario a pagar a la entidad demandante la cantidad de \$ 625.840.00, valor del referido cheque, junto con los intereses corrientes causados desde el 24 de noviembre de

1976 y hasta el día del pago total de la obligación, y

c) Que se le condene además al pago de las costas procesales.

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

a) Que desde hace algún tiempo el Municipio demandante ajustó con el Banco Cafetero, sucursal en Bolívar (Valle), un pacto de depósito en cuenta corriente con el fin de “consignar dineros y cheques pertenecientes al Municipio de Bolívar, especificándose que los cheques llevarán la firma del señor Nelson Correa Buitrago ‘Tesorero’ y Francisco Torres Fajardo ‘Auditor’, con su sello respectivo protector”;

b) Que el 24 de noviembre de 1976 el Banco demandado pagó al mentado Nelson Correa Buitrago el cheque número 008070 por la suma de \$ 625.840.00, girado a favor del mismo Correa Buitrago “contra la cuenta de la Tesorería Municipal de Bolívar, en el Banco Cafetero, título en el cual había sido falsificada la firma del auditor fiscal departamental, señor Francisco Torres Fajardo y el sello de la Auditoría”;

c) Que como el Banco girado fue negligente al no detectar la falsificación de dicho título valor, sino que con sumo descuido lo pagó a pesar de su gran cantidad, “inusual en el movimiento de la cuenta”, es responsable con el cuentacorrentista, y

d) Que con causa en la falsedad del cheque y su pago, el Alcalde del municipio afectado en sus intereses económicos formuló la correspondiente denuncia penal el 25 de noviembre de 1976, la cual terminó con la sentencia del Juzgado Segundo Superior de Cartago proferida el 25 de enero de 1979, mediante la cual se condenó al precitado Nelson Correa Buitrago, como autor de los delitos de “falsedad, peculado y falsificación de sellos”, a la pena principal de 8 años de presidio “y a las accesorias pertinentes”; fallo condenatorio éste que fue confirmado por el Tribunal Superior de Buga en el suyo de 30 de mayo del mismo año.

3. En su oportuna contestación a la demanda el Banco demandado se opuso a las pretensiones de su demandante.

Y en cuanto a los hechos invocados como *causa petendi*, expresó atenerse “a la prueba”, salvo en lo relativo al hecho referente a la cuenta co-

rriente, frente al cual manifestó que “parece ser cierto”.

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 del 6 de agosto de 1980, mediante la cual acogió todas las súplicas del demandante e impuso al demandado las costas causadas en ese primer grado de jurisdicción.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra esta providencia por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el que, por su fallo del 18 de mayo de 1981, luego de infirmar el apelado, denegó las pretensiones del demandante y en consecuencia absolvió al demandado de los cargos que el municipio demandante le enrostró.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de advertir que, por hallarse presente todos los presupuestos del proceso, es pertinente el pronunciamiento de sentencia de mérito, el tribunal *ad quem* inicia las motivaciones de su sentencia observando que se trata en este caso, concretamente, de resolver en torno de la responsabilidad del Banco demandado por el pago de un cheque falso.

Y al efecto, luego de citas doctrinarias, refiriéndose al contenido y alcance del artículo 1391 del Código de Comercio, cuyo texto transcribe en su sentencia, dice el sentenciador que de acuerdo con dicho precepto legal los bancos son responsables con los cuentacorrentistas por el pago de cheques falsos, salvo en los casos en que el cuentacorrentista “haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes”. Y añade que esa responsabilidad cesa también en los casos en que el titular de la cuenta no notifica al Banco tempestivamente sobre la falsedad o adulteración del cheque.

2. Acomete en seguida el sentenciador de segundo grado el análisis del haz probatorio practicado para deducir, con apoyo en él, que en el caso *sub judice* están plenamente demostrados los siguientes hechos:

a) El contrato de cuenta corriente ajustado entre la Tesorería Municipal de Bolívar y el Banco demandado, distinguido con el número

39900002-5, que el *ad quem* da por acreditado con la contestación a la demanda y la inspección judicial practicada en la tarjeta respectiva, en la cual se comprobó, dice el fallo, que hay “estampadas dos firmas ilegibles con sus respectivos sellos que dicen: ‘Tesorería Municipal - Fondos Comunes’ y ‘Contraloría Departamental del Valle del Cauca - Auditor Fiscal’, al pie de esta tarjeta existe una nota llamada ‘Instrucciones Especiales’ los cheques llevarán la firma del señor Nelson Correa Buitrago, Tesorero y Francisco Torres Fajardo, Auditor, con su sello respectivo y protector”;

b) El giro del cheque número 008070 el 23 de noviembre de 1976 y su pago “por ventanilla” el día siguiente a Nelson Correa Buitrago, con el oficio de 27 de noviembre de ese año remitido por el Banco al Juzgado de Instrucción Criminal, en el cual “se da cuenta de dicho pago mediante el título-valor referido, librado contra la cuenta corriente de la Tesorería Municipal, por la suma anotada”;

c) Expresa la sentencia del Tribunal que la falsedad del cheque está evidenciada en este proceso con la copia de la sentencia de 25 de enero de 1979, confirmada por el Tribunal respectivo el 30 de mayo siguiente, pues que mediante ella el Juzgado Segundo Superior de Cartago así lo dedujo, delito que en dicho fallo se atribuyó a la autoría del mentado Correa Buitrago, hechos éstos que, agrega el Tribunal, no pueden ponerse en duda “en el proceso civil, por prohibirlo en forma expresa el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal”, y

d) Finalmente, en punto de la autoría de la falsedad, dice el sentenciador que “también está probado mediante la sentencia respectiva, que quien realizó la falsificación del cheque referido y se lucró de su delito, fue el señor Nelson Correa Buitrago, representante de la entidad actora, ya que para la época en que ocurrieron tales hechos, aquél ejercía el cargo de Tesorero Municipal de Bolívar (Valle), según se dice en la demanda, y se acredita mediante certificación emanada del alcalde de ese municipio (folio 25, cuaderno número 2). No se trata de un asalariado cualquiera del actor, sino precisamente de quien ostentaba la categoría de cuentacorrentista ante el opositor, puesto que según los autos, tal persona era la que manejaba la cuenta corriente sabida”.

3. Del análisis probatorio que hace, deduce el Tribunal *ad quem*, y es este el fundamento cardinal de su fallo absolutorio, que “quien no sólo dio lugar a la falsificación sabida, sino que la

perpetró por sí mismo, era un representante del actor”; y que en esas circunstancias el Banco está exento “de toda responsabilidad en el pago del cheque discutido”, puesto que así lo preceptúa el inciso 2º del citado artículo 1391 del Código de Comercio.

III

El recurso extraordinario

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el municipio demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente le formula al fallo de segundo grado dos cargos, que la Corte procede a examinar y despachar en conjunto por adolecer ambos de deficiencias técnicas que les son comunes.

Cargo primero.

1. Mediante él se acusa la sentencia del Tribunal de Buga de ser indirectamente violatoria, “por falta de aplicación”, del artículo 1391 del Código de Comercio, a causa “de error de hecho evidente en los autos” consistente, al decir de la censura, en que la sentencia da por probada, sin existir prueba idónea para ello, “la vinculación de Nelson Correa Buitrago con el Municipio de Bolívar”.

2. En desenvolvimiento del cargo asevera el censor que tal vinculación, “como hecho objetivo que es, no puede probarse más que por el decreto de nombramiento y el acta de posesión”, que “se trata de una prueba solemne” y que no obstante ello el *ad quem* “con sólo una copia de sentencia penal, consideró probada la circunstancia de que Nelson Correa Buitrago a la sazón era Tesorero Municipal”.

Agrega el casacionista que “Por parte alguna figura la prueba del derecho de nombramiento del citado tesorero, ni del acta de su posesión. El Tribunal, como puede verse en el texto de su fallo, consideró probados estos extremos solamente ‘mediante la sentencia respectiva’, y este error fáctico lo llevó a edificar su sentencia sobre la base de la exoneración de responsabilidad que contempla el mentado artículo 1391 del Código de Comercio, y fue así como absolvió al demandado de todos los cargos”.

Cargo segundo.

1. Con éste se acusa el fallo de ser violatorio, pero ahora por aplicación indebida, del mismo

artículo 1391 del Código de Comercio, como consecuencia del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal “considerando probado en el proceso un hecho que no lo estaba (la vinculación de Correa Buitrago con el municipio en calidad de Tesorero)”.

2. Para sustentar este cargo el casacionista, después de reiterar los fundamentos que esgrimió en el desenvolvimiento de su censura anterior, dice que a causa de dar por demostrado en el proceso ese hecho el Tribunal quebrantó la referida norma legal sustancial, y que “de no haber incurrido en este yerro, jamás habría llegado a la conclusión de exoneración a que llegó, por lo cual la sentencia debe ser casada”.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Es pertinente recordar aquí, con el propósito de decidir la demanda, que como la casación implica por parte de la Corte una revisión de la actividad in procedendo, o de la actividad in judicando desplegada por el juzgador de instancia, frente a las precisas pretensiones del demandante y a las excepciones del reo y de los hechos determinados en que se apoyan las unas y las otras, dicho recurso extraordinario no puede rebasar los límites en que tal fallador la ejercitó: se violaría esta obvia restricción y se distorsionaría la naturaleza propia del recurso referido si en él se resolviesen cuestiones distintas de las que, por determinación voluntaria de las partes, constituyeron el único y preciso thema decidendum sometido a la jurisdicción en las instancias del proceso.*

Si el objeto de estudio en casación es la sentencia como thema decidendum, resulta exótico y no se acompaña con la finalidad de este recurso deducir en él nuevas pretensiones, o las mismas aducidas inicialmente, pero apoyadas en hechos contrarios o diferentes; tal proceder, que sería inadmisibles aun en instancia cuando se plantean después de constituida válidamente la relación procesal, se torna mucho más rechazable aquí por lo absolutamente extemporáneo.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho, desde vieja data, que es improcedente formular en casación cargos con apoyo en cuestiones o medios nuevos; o sea, en aspectos fácticos que por no haberse planteado ni alegado en ninguna de las instancias del proceso, o por ser contrarios a los que allí se debatieron, fueron desconocidos por el sentenciador de instan-

cia, y que, por consiguiente, sólo buscan que el litigio se solucione mediante el estudio por la Corte Suprema de extremos absolutamente distintos a los que fueron base y fundamento de la demanda y su contestación.

2ª En el caso de este proceso, si se consideran, como tienen que considerarse, todo su decurso en las dos instancias y la definida posición que las partes asumieron en ellas, para cotejar estas dos circunstancias con los razonamientos en que ahora funda el recurrente en casación los dos cargos que formula contra la sentencia del Tribunal de Buga, fuerza es aceptar que a través de ambos aduce medios cuya novedad es indiscutible por lo inequívoca, desde luego que con ellos cambia bruscamente y tardíamente la postura que otrora asumió en apoyo de sus súplicas, alterando así ostensiblemente los extremos en que desde su inicio quiso y logró que la relación jurídica se trabara.

En efecto. El aquí recurrente, como se infiere de su demanda con la cual inició el proceso, dedujo su pretensión alegando que el Banco demandado le había pagado a Nelson Correa Buitrago, Tesorero del municipio demandante, un cheque que éste falsificó; y para acreditar tal calidad, en ese mismo escrito pidió como pruebas las actas del Concejo que hizo el nombramiento y la de la posesión, lo mismo que el certificado del alcalde “sobre cómo el señor Correa Buitrago se encontraba en ejercicio del cargo los días 23 y 24 de noviembre de 1976”. En su alegato de instancia reconoce que el cheque referido se lo pagó el Banco Cafetero a dicho señor, “Tesorero Municipal”, cheque girado “a favor del mismo Correa Buitrago contra la cuenta . . . de la Tesorería Municipal de Bolívar”; ese hecho no sólo no fue rechazado u objetado por el Banco girado, sino que expresamente lo aceptó y sobre él edificó su defensa.

Tal hecho constituyó pues un punto pacífico en la relación jurídico procesal, dentro de cuyo panorama no apareció, entonces ni después, la cuestión que ahora se plantea en casación: que el mentado Correa Buitrago no era, o por lo menos que no está probado que fuera, Tesorero de Bolívar cuando giró y cobró el cheque falsificado. Consiguientemente el juez de primer grado, en sentencia que fue consentida por el demandante al no impugnarla, tomó su decisión sobre la consideración fundamental de que sí existía la calidad que ahora echa de menos el recurrente en casación. Tampoco se adujo por alguna de las partes en la segunda instancia del proceso cues-

tionamiento alguno relativo a que el citado Correa Buitrago no fuera Tesorero Municipal de Bolívar, por los días 23 y 24 de noviembre de 1976.

Ahora resulta que, haciendo tabla rasa de la muy clara y definida posición asumida por él en las dos instancias del proceso, el demandante pretende que se diga o se declare, en este restringidísimo campo de la casación, que el Tribunal erró al atribuirle a Nelson Correa Buitrago el carácter de Tesorero del Municipio de Bolívar en la fecha que se ha precisado. Pero como a su juicio tal hecho tipifica una evidente cuestión nueva, ni por asomo podría la Corte, como Tribunal de casación, aceptar el argumento del casacionista, para quebrar con base en él la sentencia del Tribunal.

3ª Si bien es cierto que la falta de aplicación y la aplicación indebida son conceptos distintos y aun incompatibles, por lo que no pueden en principio darse simultáneamente con relación a la misma norma, ello no impide que frente a una norma sustancial que contempla varias situaciones diferentes, y antes bien eso es lo correspondiente, se denuncie inaplicación parcial de ella y también aplicación indebida de otra de sus partes. En el caso de este proceso, por ejemplo, por haber el Tribunal aplicado la primera excepción consagrada por el artículo 1391 del Código de Comercio, fue por lo que denegó la responsabilidad civil del Banco girado por el pago de un cheque falso, que como regla general consagra la primera parte de esa misma disposición legal.

Así las cosas, se le imponía al recurrente, como deber inexcusable para la correcta y completa postulación de los cargos en casación, denunciar en cada uno de ellos el quebranto del precitado artículo 1391, por inaplicación de su primer inciso y por aplicación indebida del segundo. No lo hace así y entonces los dos cargos, en los que se denuncia violación de ese precepto legal, por inaplicación total en el uno y por aplicación indebida en el otro, resultan deficientemente formulados y por ello infundados.

4ª Pero aún prescindiendo de los dos defectos de técnica apuntados, otro no menos ostensible conduce a la Corte a la repulsa de las dos censuras.

Porque si, como lo asevera el casacionista, el Tribunal incurrió en falencia al estimar que la sentencia proferida por la justicia penal en el proceso que por falsedad se siguió contra Nelson Correa Buitrago, unida a la certificación expedida por el Alcalde de Bolívar y que aparece al folio 25 del cuaderno número 2, son pruebas idóneas para acreditar que el citado sujeto, por la época en que falsificó el cheque y lo cobró, desempeñaba el cargo de Tesorero de ese municipio, ese presunto yerro, por referirse a la valoración de la prueba y no a su existencia física en el proceso, no sería de hecho, como se denuncia, sino de derecho. Y esa equivocada calificación en su denuncia le veda a la Corte la condenación de fondo.

Se rechazan, pues, los dos cargos.

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 del 18 de mayo pasado, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Sin costas en el recurso (artículo 392, 1 del Código de Procedimiento Civil).

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

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

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

CONTRATO DE TRANSPORTE

Obligaciones del transportador. Responsabilidad por la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega. Exoneración por fuerza mayor o caso fortuito.

Cuando el transportador alega el hecho de un tercero como factor exonerativo de responsabilidad deberá probar que el hecho fue imprevisible e irresistible. El robo, por sí solo, no constituye fuerza mayor. El pago del flete puede hacerse cuando se entregue la mercancía al destinatario sin que por ello se configure incumplimiento de las obligaciones de quien contrata el transporte.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Bogotá, 26 de enero de 1982.

Magistrada auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez*.
Despacho del Magistrado: doctor *José María Es-
guerra Samper*.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 31 de enero de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario promovido por la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., frente a la sociedad Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada.

I

Antecedentes

1º De acuerdo con los hechos consignados en el libelo de la demanda, la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., encargó a la sociedad Eduardo Botero & Compañía Limitada el transporte de un cargamento de 170 bultos de papel celofán en rollos de 10.1 y 11.5 cms., por un valor de \$ 1.100.717.93, adquiridos por compra a la fábrica Celanese Colombiana S. A. de la ciudad de Barranquilla el 2 de junio de 1977 con destino a su dependencia de Medellín.

2º Contra la entrega de esta mercancía la sociedad transportadora expidió el recibo número 30993, que dice: "Junio 2 de 1977. Recibimos de Coltabaco los siguientes bultos: Marcas C. de T.

Contenido y clase de bultos: Celofán-Kilos 10.700. Para despachar a Medellín".

3º En la misma fecha "Transportes Botero Soto", elaboró la planilla de carga número 13309, en la que consta que entregó los 170 bultos al señor John Alexander Cano Mora para ser transportados a Medellín. En esta planilla, sin firma se menciona la empresa "Movicar"; los nombres de Juan Pablo Correa y John Alexander Cano Mora; los datos de identificación del vehículo asignado para llevar el cargamento, así: TI-0612 Ford, modelo 65, 10, camión verde, varilla, madera; la nota de remisión número 2002 suscrita por Coltabaco y dirigida a la empresa transportadora; y el peso de la carga escrito a mano: 10.731 kilos.

4º De lo antes anotado se sigue que entre la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. y Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, se celebró un contrato de transporte, para llevar de Barranquilla a Medellín la mercancía adquirida por la primera en Celanese Colombiana S. A. El precio del contrato sería el que cobrara el transportador según su tarifa acostumbrada.

5º El 4 de agosto de 1977 Eduardo Vargas, en representación de "Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada", dirigió una carta a la "Compañía Colombiana de Tabaco S. A." en la cual afirma que el señor John Alexander Cano Mora 'se apropió en forma ilícita del vehículo de placas TI-0612', que a dicho sujeto le fue entregado el cargamento de papel celofán para su movilización, y que 'en la actualidad se encuentra

un funcionario nuestro, doctor Gilberto Madrid Meneses, en la ciudad de Barranquilla haciendo las averiguaciones del caso y activando la investigación correspondiente, de cuyos resultados los mantendremos informados''. Agrega luego que ''la acción ilícita mencionada, que impidió la ejecución cabal del contrato, constituye factor exonerativo de responsabilidad' para Eduardo Botero Soto y Compañía Limitada''. De donde sigue que esta empresa no cumplió con su contrato, al no haber entregado la carga en su destino.

6º Con fecha 2 de agosto de 1977 Madrid Meneses, presentó denuncia criminal ante el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Barranquilla, en su calidad de Asistente del Departamento Jurídico de la referida sociedad transportadora contra John Alexander Cano Mora, afirmando que: ''El día 2 de junio de 1977 se presentó a las oficinas de Transportes Botero Soto & Compañía Limitada en Barranquilla, John Alexander Cano Mora con el fin de solicitar carga para transportar a Medellín. El señor Cano Mora conducía el vehículo de placas TI-0612, ... afiliado a Movicar y de propiedad del señor Juan Pablo Correa Uribe''.

Deduca la demandante de los términos de esta denuncia que la firma transportadora confiesa que el señor Cano Mora no era el propietario del vehículo y que éste no estaba afiliado a aquella sino a la empresa Movicar, como también consta en la planilla número 13309.

7º En el hecho tercero de la denuncia en mención se lee: ''El conductor arriba individualizado presentó, como lo exige Transportes Botero Soto & Compañía Limitada, cédula de ciudadanía, licencia de conducción, tarjeta de operación del vehículo y carta de autorización para cargar por nuestra empresa''. Esta última afirmación, se dice en el libelo, es inexacta porque ni Movicar, ni el propietario del vehículo ''expidieron carta de autorización a John Alexander Cano Mora para usar el vehículo ni para conducir carga de otras empresas distintas de aquella a que estaba afiliado el vehículo''.

8º La empresa Movilizadora de Cargamentos Limitada, ''Movicar'', en carta de 25 de agosto de 1977 informó a la Compañía Colombiana de Tabaco S. A.; ''que el vehículo de placas TI-0612, marca Ford, modelo 1965, color verde, de propiedad de Pablo Correa Uribe está afiliado a la empresa de transportes que acaba de nombrarse''. Con esta carta, considera la demandante, queda establecido ''de manera clara e inobjeta-

ble que es contraria a la verdad la afirmación de que John Alexander Cano Mora presentó carta de autorización para cargar por cuenta de Eduardo Botero & Compañía Limitada en el dicho vehículo''.

9º En carta de 9 de agosto de 1977 la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. manifestó a Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, que el cargamento no había sido recibido en Medellín y que confiaba en que ella ''cumpliría sus obligaciones contractuales y legales''. Solicitó además duplicado de la planilla de carga y la indicación de si el vehículo TI-0612 ''a quien ustedes dicen fue confiado el transporte del cargamento pertenecía a esa empresa o si se trataba de un vehículo afiliado''. Como respuesta a esta carta, el doctor Joaquín A. García Montes del Departamento Jurídico de la sociedad transportadora, contestó el siguiente 17 de agosto, ''excusándose de asumir las obligaciones contractuales'' para con la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., y comunicando que el vehículo en mención estaba afiliado a la empresa transportadora Movicar, ''la cual le había expedido carta de autorización que vencía en junio 16/77, documento que fue presentado antes del cargue, tal como pueden verificarlo en la planilla de carga, ...''. A su vez, Movicar informó en carta de 15 de agosto a la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., que ''al señor John Alexander Cano Mora, no se le ha expedido tarjeta de autorización para otras empresas de transporte''.

10. De lo expuesto deduce la demandante lo siguiente:

a) Que Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada no cumplió el contrato de transporte con la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., y

b) Que la primera se ha negado a pagar a la segunda el valor de la mercancía, para lo cual alega en la carta de 17 de agosto precitada, ''fuerza mayor —caso fortuito— que exonera a dicha compañía transportadora de responsabilidad''.

11. Los perjuicios que sufrió la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. por la pérdida del papel celofán, consisten en:

a) El precio pagado a Celanese Colombiana S. A., que fue de \$ 1.100.717.93, y

b) ''El lucro cesante e intereses de esta cantidad desde que se constató la pérdida del cargamento, o sea desde el 4 de agosto de 1977, hasta que se verifique el reembolso de dicha cantidad, o bien desde la notificación de esta demanda has-

ta el reembolso. De todos modos, Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada debe pagar los perjuicios resultantes de la falta de entrega oportuna del cargamento, desde la fecha en que ha debido hacerse hasta el pago”.

II

El litigio

1. La Compañía Colombiana de Tabaco S. A., con fundamento en los anteriores hechos, demandó a la sociedad transportadora Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín, para que, previos los trámites del proceso ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones y condena:

a) Que Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada es responsable de la pérdida del cargamento de los 170 bultos de papel celofán, adquiridos por la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. en la fábrica de Celanese Colombiana S. A., a que se hizo referencia en los hechos de la demanda;

b) Que la misma compañía transportadora está obligada a pagar a la parte demandante la indemnización de los perjuicios que le causó, al no haber entregado el cargamento de papel celofán recibido en Barranquilla para ser llevado a Medellín. Tales perjuicios serían avaluados en este mismo proceso o en otro distinto;

c) Que se condene a la compañía demandada a pagar los gastos y costas del proceso a la demandante.

2. La demandada en su contestación, después de aceptar unos hechos, negar otros y estar a lo que se demuestre en los demás, se opone a las pretensiones de la parte actora, “porque al efecto deben operar ... las siguientes excepciones, además de las que en uno y otro aspecto se desprendan de los hechos probados o de las apreciaciones jurídicas que allí consten”:

“a) Inexistencia del contrato de transporte invocado entre ‘Compañía Colombiana de Tabaco S. A.’ y ‘Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada’”;

“b) Inexistencia y carencia de petición sobre resolución del contrato de transporte, por incumplimiento del transportador”;

“c) Limitación de la responsabilidad contractual, no habiéndose estipulado ni notificado previamente por la remitente el valor de las cosas transportadas, a cuatro pesos (\$ 4.00) por cada kilo”;

“ch) Culpa o responsabilidad de la demandante como remitente”;

“d) Riesgo del transporte”;

“e) Fuerza mayor o caso fortuito”;

“f) Abuso del derecho”;

“g) Ausencia del contrato conmutativo”;

“h) Vicio en el consentimiento”;

“i) Equidad”.

3º Surtido el trámite de la primera instancia del proceso, la juez del conocimiento le puso fin con sentencia de 13 de julio de 1979, declarando responsable a la empresa Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada S. A., por la pérdida del cargamento de papel celofán, “consistente en 170 bultos que lo contenían, con peso de 10.730 kilos en rollos de 10.1 cms. y 11.5 cms.”, y condenándola, como consecuencia de tal declaración “a resarcir los perjuicios ocasionados a la demandante, los cuales se fijan en la cantidad de un millón trescientos veinte mil ochocientos sesenta y un pesos con cincuenta y un centavos (\$ 1.320.861.51), por concepto de daño emergente. No hay lucro cesante”. Las costas a cargo de la parte vencida.

4º Por apelación interpuesta por la empresa demandada Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada el negocio subió al Tribunal Superior de Medellín, el cual, luego de haber agotado el trámite de la instancia, en fallo pronunciado el 31 de enero de 1981 confirmó el impugnado adicionándolo “en el sentido que no prospera la tacha que como testigo sospechoso, formuló el señor gestor judicial de la parte actora, dentro de la diligencia llevada a cabo por la señorita juez de instancia el treinta y uno de agosto de mil novecientos setenta y ocho, tacha al testimonio rendido por el señor Víctor Manuel Moreno Restrepo; toda vez que Gilberto Madrid M. no declaró, no hay lugar a resolver sobre dicha tacha”. Las costas se impusieron al apelante.

5º Contra la sentencia del Tribunal de Medellín interpuso casación la parte demandada, recurso que, por estar debidamente rituado, la Corte procede a decidir.

III

Motivación del fallo impugnado

1º Después de hacer un relato completo de los hechos de la demanda, de su contestación y de las excepciones propuestas por la sociedad demandada, así como de la tramitación de los in-

cidentes de nulidad y de recusación del Magistrado ponente del fallo dictado en este negocio el 1º de febrero de 1980, anulado en virtud de aquél, el Tribunal, previa comprobación de los presupuestos procesales y advirtiéndole que no existían vicios o irregularidades que pudieran afectar la validez formal de lo actuado, entró al estudio al proceso dividiendo la parte considerativa de su sentencia en cinco capítulos, a saber:

“ ‘Del contrato de transporte’; ‘Análisis de la prueba’; ‘del incumplimiento del contrato’; ‘de las excepciones propuestas’; y ‘de la tacha de los testigos formulados por la parte demandante’ ”.

2º En el primero se refiere el *ad quem* únicamente a las disposiciones que regulan el contrato de transporte, a la naturaleza jurídica de éste, sus condiciones y forma de perfeccionamiento y, en especial, a las obligaciones del transportador, su responsabilidad y causas exonerativas de la misma, todo lo cual ilustra con una jurisprudencia de la Corte.

3º Pasa en seguida el sentenciador a analizar las pruebas allegadas al proceso, para deducir de ellas los hechos que encuentra demostrados.

En relación con el contrato de transporte señalado en el libelo, en el que “se indica a la ‘Compañía Colombiana de Tabaco S. A.’, en su condición de remitente y destinataria y ‘Transportes Botero Soto & Compañía Limitada’ como entidad transportadora de un cargamento consistente en 10.731 kilos de papel celofán, contenidos en 170 bultos, de la ciudad de Barranquilla a esta ciudad de Medellín”, observa lo siguiente:

a) Que a la contestación de la demanda se acompañó nota de 17 de agosto de 1977 (cuaderno principal, folio 21), dirigida por “Transportes Botero Soto & Compañía Limitada” a “Coltabaco S. A.”, manifestándole que le remitió fotocopia de la planilla 13309, cuyo original está en poder de la empresa transportadora y hace relación al transporte de la mercancía. Respecto a esta fotocopia, que obra al folio 12 del cuaderno principal y a la nota antes mencionada, observa que son documentos que “proviene de la firma transportadora, entidad demandada, y aducidos en su contra, que no fueron tachados dentro del término y en la forma prevenida por el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil”. Y sobre el mismo punto añade que “resta observar cómo la nota obrante a folio 21 del cuaderno principal señalada anteriormente, fue reconocida por el señor gerente de la entidad demandada, en diligencia que obra a folio 3 del cuaderno número tres”;

b) Encuentra luego al folio 11 del cuaderno principal, un recibo expedido por la firma transportadora y reconocido por su gerente en la audiencia realizada el 28 de agosto de 1978 (folio 3, cuaderno número 3), en que consta que “Coltabaco” le entregó a aquélla 10.700 kilos de papel celofán el 2 de junio de 1977, para ser despachados de Barranquilla a Medellín;

c) En seguida hace mención de la carta número J. 0724 de agosto 4 de 1977 (cuaderno principal, folio 16), que Joaquín García Montes del departamento jurídico de “Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada”, dirigió a la “Compañía Colombiana de Tabaco S. A.”, en relación con el ilícito de que fue objeto el cargamento de propiedad de esta última, para manifestarle que “... nuestra oficina de Barranquilla, después de dar estricto cumplimiento a las normas de seguridad determinadas en nuestra compañía y a las disposiciones de nuestro ordenamiento positivo, encomendó el transporte de un cargamento de su propiedad, al conductor que demostró llamarse John Alexander Cano Mora, para ser movilizado de aquella ciudad a Medellín ...”. Y a continuación agrega que “la acción ilícita mencionada, que impidió la ejecución cabal del contrato, constituye un factor exonerativo de responsabilidad para nuestra empresa, no obstante lo cual no escatimaremos el más mínimo esfuerzo en lograr la recuperación de su mercancía ...” (folios 16 a 18, cuaderno principal). Esta nota dice: “fue reconocida por el señor gerente de la firma demandada (folio 3 del cuaderno 3)”.

Deduce el juzgador del examen conjunto de las pruebas allegadas al proceso, “que en realidad la firma demandante ‘Compañía Colombiana de Tabaco S. A.’, en su condición de remitente y destinataria, celebró contrato el día 2 de junio de 1977, con la firma de transportes ‘Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada’, en su condición de transportadora, contrato de transporte de 170 bultos, que contenían un peso de 10.731 kilos, para ser desplazados de la ciudad de Barranquilla con destino a Medellín”.

Hace luego algunas consideraciones sobre los efectos de la carta de porte, de la omisión de alguna de las enunciaciones prescritas por el artículo 1010 del Código de Comercio, que no destruye su mérito probatorio, de las formas de probar en caso de falta de dicha carta y los errores o modificaciones que contenga, según lo dispone el artículo 1022 *ibídem* en concordancia con el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil,

para pasar a verificar que la planilla número 13309 antecitada, reconocida por el gerente de la entidad demandada, hace relación a la mercancía que le fue entregada por el demandante el 2 de junio de 1977, consistente en 170 bultos de papel celofán, los cuales se registraron en las listas de embarque números 1611 y 1612, en cuyas copias también se adjuntaron. Aparece igualmente el nombre del conductor John Alexander Cano Mora, con licencia de conducción número 534276 de Tunja, nombre del propietario del automotor, Juan Pablo Correa, y la identificación completa del vehículo asignado para transportar el cargamento en mención.

Encuentra el sentenciador debidamente acreditado el valor de la mercancía en \$ 1.100.717.93 más un 20% (sic) autorizado por el artículo 1031 del Código de Comercio, por haber sido resultado de un dictamen pericial fundamentado en la documentación aportada al proceso y en su costo para la época en que se celebró el referido contrato (cuaderno número 3, folios 7 y 8).

4º En el tercer capítulo de su motivación, titulado "Del incumplimiento del contrato", el Tribunal, después de relacionar nuevamente las obligaciones del transportador establecidas por el artículo 982 del Código de Comercio, su responsabilidad en el transporte de cosas según el artículo 1030 *ibidem* y la exoneración parcial de esta misma por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones por fuerza mayor que consagra el artículo 992 del citado Código de Comercio, manifiesta que la firma demandada "incumplió la obligación contraída, pues no entregó a la firma destinataria el cargamento". Y que por esta razón surgieron para la compañía demandante, "los derechos que nuestra legislación mercantil en su artículo 1024 prescribe en lo atinente al transportador de cosas que, 'si se reconociere por el transportador que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de un plazo de siete días a partir del en que ha debido llegar, la mercancía no hubiere llegado, el destinatario queda autorizado a hacer valer con relación al transportador los derechos resultantes del contrato de transporte, ...'".

Encuentra también demostrado el incumplimiento por la pérdida de la mercancía, de lo cual se presume el perjuicio causado a la parte demandante de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1021 del Código de Comercio "... en estas condiciones se llega a la conclusión final que todos los elementos axiológicos de la acción

de responsabilidad contractual, se encuentran demostrados".

Agrega que la responsabilidad del transportador por el incumplimiento de su obligación, "se la debe desvincular totalmente de toda consideración en torno a si el riesgo de la pérdida por atraco o robo estaba o no amparado por una compañía aseguradora; cabe anotar cómo no estando aún reglamentada la norma del artículo 994 del Código de Comercio y no habiéndose acordado seguro alguno por el transportador y consignatario, resulta fuera de lugar y extraño al debate la discusión acerca de si existe o no entre —asegurador-asegurado— porteador, el seguro con respecto al riesgo de la pérdida".

5º Estudia el juzgador en su capítulo cuarto cada una de las excepciones propuestas por la entidad demandada, como así se sintetizan:

a) Inexistencia del contrato de transporte entre la "Compañía Colombiana de Tabaco S. A." y "Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada".

Lo hace consistir el apelante en la falta de un precio para el transporte o flete (artículo 1009 del Código de Comercio) y en no haberse cumplido por el remitente su obligación de indicar el volumen y el valor de la mercancía en la forma prevista por el artículo 1010 *ibidem*. A esto observa el sentenciador que el volumen aparece señalado en la planilla 13309 antes mencionada, cuya copia fue remitida por la compañía demandada en nota J 771 de 17 de agosto de 1977 a la demandante, nota que fue reconocida por aquélla dentro del proceso y no tachada en su oportunidad, y que "por consiguiente tiene la calidad de documento auténtico".

En cuanto al valor expresa que la juez de instancia acogió el dictamen pericial que lo estableció, por ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado, apreciación compartida por la Sala.

En relación con el flete, que según el excepcionante no fue pagado, el *ad quem* recuerda que el artículo 1009 del Código de Comercio autoriza el envío o remesa a "debe", para que una vez se haga la entrega de la correspondiente mercancía, se proceda a su cancelación.

Concluye de lo anterior que "en forma alguna podrá cobrar fuerza la tesis expuesta por la parte demandada, en el sentido de que la excepción *non adimpleti contractus* debe salir avante por las razones preindicadas". Y agrega que si la

mercancía se extravió después de entregada al transportador, no podrá responsabilizarse al remitente, por cuanto el artículo 1031 del Código de Comercio dispone que corre a cargo del transportador la cancelación de la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada;

b) Inexistencia y carencia de petición sobre resolución del contrato de transporte, por incumplimiento del transportador.

Esta excepción se fundamenta en que la parte actora no solicitó que se declarara la existencia de un contrato de transporte, ni su resolución por incumplimiento del transportador, ni se demostró que aquélla hubiera cumplido con valorar el precio o flete, ni con pagarlo, ni de haber indicado el volumen, ni de haber avisado la falta de recibo de la mercancía dentro de los cinco días siguientes al fijado para su entrega (artículo 1030 del Código de Comercio).

Considera el Tribunal al respecto, que la demanda está ceñida a los requisitos legales establecidos por el artículo 1033 del Código de Comercio, por cuanto en éste no se exige la cancelación del precio del flete para poder promover la acción de responsabilidad y por otro lado, porque si el remitente no lo paga el transportador puede hacer uso del derecho de retención hasta que le sea cubierto dicho valor.

El valor de la mercancía fue acreditado, como se anotó anteriormente, por dictamen pericial, y su peso también se indicó.

No puede alegarse tampoco que la compañía destinataria del cargamento no se presentó a retirarlo en la oportunidad debida, puesto que éste se extravió una vez que fue entregado y confiado a la sociedad demandada, sin que hubiera llegado a su destino;

c) Limitación de la responsabilidad contractual, no habiéndose estipulado ni notificado previamente por la remitente el valor de las cosas transportadas, a cuatro pesos (\$ 4.00) por cada kilo. Esto significa que el valor máximo por pérdida total o falta de entrega sobre 10.700 kilos suma \$ 42.800. Agrega la demandada que nunca se le informó sobre este precio.

Sobre este punto manifiesta el juzgador que, no obstante que en las observaciones del recibo número 30983 de junio 2 de 1977, expedido por "Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada" (cuaderno principal, folio 11), aparece que la empresa no asume ninguna responsabilidad en casos fortuitos o imprevistos y que en los de responsabilidad no reconoce sino hasta \$ 4.00

por kilo; es bien sabido que de acuerdo con nuestra legislación mercantil vigente, no tienen valor las cláusulas del contrato que impliquen exoneración parcial o total por parte del transportador, de sus obligaciones y responsabilidades, salvo en los casos previstos por el artículo 992 del Código de Comercio. Por lo tanto, la cláusula en donde se indica que la firma transportadora sólo reconoce \$ 4.00 por kilo se tendrá por no pactada;

d) Culpa o responsabilidad de la parte demandante como remitente.

Se dice que el demandante no identificó la mercancía por razón de su valor y volumen, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 1010 del Código de Comercio. A esto comenta el *ad quem* que al resolver las excepciones anteriores ésta quedó resuelta;

e) Riesgos del transportador.

Según se desprende de la denuncia penal presentada por la parte demandada con motivo de la estafa de que fue víctima y de la declaración rendida por el gerente de la empresa "Movicar", la mercancía en mención fue confiada por la sociedad "Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada" a un chofer que no conocía, que no estaba vinculado a la citada empresa "Movicar", a la que se encontraba afiliado el vehículo asignado para llevar el cargamento a Medellín, y a la cual no solicitó la referida sociedad transportadora el correspondiente permiso. "Por tales razones —dice el Tribunal—, consideramos que la sociedad demandada faltó a una elemental prudencia e incurrió en culpa . . .", y que por lo mismo la excepción no está llamada a prosperar;

f) Fuerza mayor o caso fortuito.

Después de hacer algunas reflexiones sobre la fuerza mayor o el caso fortuito y de transcribir una jurisprudencia de la Corte sobre el tema, expresa el sentenciador que para que el transportador pueda exonerarse de responsabilidad y destruir la presunción de culpa en su contra, no le basta demostrar que el incumplimiento se debió a fuerza mayor, sino que además debe probar que ésta no fue culpa suya, lo cual resultará de establecer que empleó la diligencia y cuidados debidos para hacer posible la ejecución de la obligación.

Y en seguida observa, que del examen de la excepción anterior se deduce que la entidad demandada no tomó los más mínimos cuidados, no fue previsiva "para confiar el transporte de un

cargamento tan valioso a un extraño”, y que, en consecuencia, tampoco prospera la excepción propuesta por fuerza mayor o caso fortuito;

g) Abuso del derecho.

La parte demandante no incurrió en abuso del derecho al formular demanda contra la sociedad transportadora, “Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada”, afirma el Tribunal, en razón del incumplimiento del contrato de transporte de esta última, por estar ejerciendo un derecho legítimo y no haberse comportado con imprudencia manifiesta o con intención de ocasionar un perjuicio a la demanda, al tenor del artículo 2341 del Código Civil;

h) Ausencia del contrato conmutativo (artículo 872 del Código de Comercio).

Se acusa a la parte actora, porque por un flete mínimo, no pagado, como única contraprestación, pretende obtener un seguro a cargo del transportador, cuatrocientas veces el valor de ese flete, estándose así ante un contrato leonino en el que la prestación de la remitente destinataria es irrisoria frente a las obligaciones de la contraparte.

El artículo 1035 del Código de Comercio, dice el fallador, exige el pago por el servicio de transporte prestado como requisito previo para reclamar la entrega de la mercancía, “pero en forma alguna puede colegirse de la disposición, que para incoar una demanda de responsabilidad sea indispensable estar el remitente o destinatario a paz y salvo con el transportador”. Y, como lo había anotado anteriormente, de acuerdo con el artículo 1030 *ibídem*, el transportador 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, salvo que se pruebe fuerza mayor o caso fortuito, lo cual no se dio en el presente negocio.

Por lo dicho, no puede prosperar la excepción en estudio.

i) Vicio en el consentimiento.

Se hace consistir en que el transportador no fue informado antes del contrato ni en el momento de su celebración del valor y volumen del cargamento a transportar, de ahí que aquél no consintió en el monto a que pudiera haber llegado su responsabilidad contractual.

Sobre este punto hace el sentenciador algunas consideraciones respecto al consentimiento y la delegación en ciertas personas para otorgarlo cuando se trata de sociedades, para luego afirmar que de acuerdo con el acervo probatorio alle-

gado al proceso, aparece demostrado el contrato celebrado el 2 de junio de 1977 entre la sociedad demandante, “Compañía Colombiana de Tabaco S. A.” y la demandada, “Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada”, para transportar 170 bultos de papel celofán de la ciudad de Barranquilla a la ciudad de Medellín.

En efecto, la planilla número 13309 de junio 2 de 1977, acompañada como carta de porte al cargamento transportado, que fuera elaborada y aceptada por la firma demandada, hace relación a las listas de embarque números 1611 y 1612 correspondientes a los 170 bultos de papel celofán de 10.1 y 11.5 cms. con un peso de 10.731 kilos. Y el valor de la mercancía que faltaba se estableció con el dictamen pericial acogido por la juez de primera instancia, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1022 del Código de Comercio.

En consecuencia de lo anterior, no prospera esta excepción.

j) Equidad.

Esta se basa en los artículos 868, 871, 872 y concordantes del Código de Comercio, por no existir estipulación expresa de responsabilidad del transportador por la pérdida total de la mercancía, ya que se le avisó que estaba asegurada contra dicho riesgo, pues de haber existido, el flete tendría que haber sido equitativamente proporcional al mayor riesgo asumido.

Como de conformidad con el artículo 1030 del Código de Comercio, “el transportador responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y el retardo de la entrega desde el momento en que ella quede a su disposición . . .”, el juzgador *ad quem* afirma que “procede perfectamente la indemnización, como la mercancía no se encontraba asegurada, corresponde a la firma demandada cancelar su valor, además el mayor valor en la suma apreciada por los señores peritos en cuantía señalada en la sentencia objeto de la censura”.

No está llamada a prosperar, por tanto, esta excepción.

6º En el quinto y último capítulo de la parte motiva del fallo se considera la tacha de los testigos Víctor Manuel Moreno Restrepo y Gilberto Madrid Meneses, propuesta por la parte demandante por estimarlos sospechosos en razón de su dependencia de la sociedad transportadora. Pero como quiera que sólo fue posible oír al primero de ellos, que efectivamente manifestó ser empleado de la firma transportadora como encar-

gado del control de vehículos, el Tribunal se limitó al estudio de su testimonio encontrándolo de especial importancia para despejar interrogantes relacionados con los hechos investigados y responsivo e imparcial, por lo cual, no obstante su dependencia de "Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada", no puede tenerse como sospechoso y por lo mismo la tacha no es procedente.

Con base en los anteriores pronunciamientos, concluye el Tribunal la segunda instancia confirmando el fallo del *a quo* con la adición referente a la tacha del testigo precitado.

IV

El recurso extraordinario

Dos cargos por la causal primera de casación formula la parte demandada a la sentencia del Tribunal, los cuales serán despachados en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo.

1º Se fundamenta en infracción indirecta por falta de aplicación de los artículos 981, 982 y 992 del Código de Comercio, 1609, 1604, 1608 y 2072 del Código Civil, 1º de la Ley 95 de 1890 y 61 del Decreto 1393 de 1970; y por aplicación indebida de los artículos 1024, 1021, 1022, 1030 y 1031 del Código de Comercio y 9, 11, 13 y 14 del Decreto 1393 de 1970.

"La infracción proviene en apreciación errónea del documento que obra a folio 11 del cuaderno principal, prueba del contrato de transporte y del medio determinado de la conducción; falta de apreciación de la prueba que obra a folios 20 y siguientes, certificación de Defencarga 'Asociación para la Defensa de Transporte de Carga', literal c) 'instrucciones impartidas a nuestros afiliados', falta de apreciación de la prueba consistente en las cartas que obran a folios 16 y 21 del cuaderno principal, todos en relación con las declaraciones rendidas por los señores Rodrigo de Jesús Gutiérrez Lopera (cuaderno 4, Fj. 10) y Víctor Manuel Moreno Restrepo (Fj. 14, cuaderno 4)".

2. Inicia el censor el desarrollo del cargo afirmando que la entidad transportadora desde un principio "amparó su defensa contra las peticiones de la Compañía Colombiana de Tabaco (Coltabaco), en la situación de fuerza mayor en que se vio colocada por razón del ingenioso y hábil delito de que fue víctima (cuaderno principal, folios 16 y siguientes)".

Expresa luego que el delito en mención fue probado en los autos, para lo cual hace un recuento de los hechos relacionados con la compra y extravío del papel celofán adquirido por la Compañía Colombiana de Tabaco y con el ilícito cometido por el chofer John Alexander Cano Mora, a quien la sociedad demandada confió el transporte de la citada mercancía, previa presentación de su documento de identificación, licencia para conducir y la tarjeta de operación de Movicar para el vehículo número 043298, válida hasta el 19 de septiembre de 1977.

En seguida dice, que "contra todo lo previsto, contra toda previsión prudente que tomó la firma Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, el tal sujeto Cano se apropió del cargamento y desapareció", para preguntarse a continuación en que consistió la fuerza mayor en esa ocurrencia y contestar que para el Tribunal de Antioquia, "con una arcaica visión, anclada en el pasado ... es el viento, es el terremoto, es el fuego".

Prosigue la censura con algunas consideraciones sobre lo que debe entenderse por fuerza mayor ante los alcances de la inteligencia y la ambición humanas, respecto a las cuales, se dice, el legislador debería precaverse más que frente a los elementos desatados de la naturaleza, y así mismo sobre el significado de la cédula de ciudadanía, la licencia de conducir y la tarjeta de operaciones de Movicar, documentos que sirvieron para que la sociedad demandada confiara a John Alexander Cano Mora el transporte de la mercancía a Medellín, en un vehículo que, por lo demás, era conocido de vieja data por aquélla.

"Para Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, fue un imprevisto al que no pudo resistir, el que este señor defraudara la fe pública con tres instrumentos insospechables cédula de ciudadanía, pase y autorización". Agrega a esto el censor que "estas son las recomendaciones que Defencarga, 'Asociación para la Defensa del Transporte de Carga' ha dado a sus afiliados (cuaderno 4, folios 20 y siguientes), y que fueron fielmente seguidos por Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada".

Aunque el Tribunal reconoció que la demandada había realizado la investigación del conductor y del vehículo, erró en la apreciación de la prueba, pues "ha debido concluir que Botero Soto & Compañía Limitada procedió con prudencia y diligencia, las que lo exoneran de culpa frente a la fuerza mayor".

Cita el casacionista el principio *res perit domino*, para sostener que la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., como dueña del papel, debe asumir la pérdida, salvo que se hubieran acreditado dos circunstancias:

a) Mora de la parte demandada “en cumplir sus compromisos, mora que no existe porque el mismo día que recibió el encargo procedió a cumplirlo por los métodos idóneos para hacerlo y determinados en el recibo 30933 (folio 11, cuaderno principal)”, y

b) Que hubiera incurrido en culpa, lo que no se le puede imputar por haber tomado las precauciones necesarias para cumplir su obligación para con la parte actora.

Al no haberse acreditado estas circunstancias, según el impugnante, no cabe ninguna responsabilidad por la pérdida del cargamento a la sociedad transportadora.

Por otra parte, dice, “los jueces no pueden exigir a los ciudadanos más de lo que el legislador les pide. El artículo 61 del Decreto 1393 de 1970, llamado Código del Transporte dispone que ‘cuando una empresa de esa modalidad carezca de carga para proveer sus vehículos, autorizará ocasionalmente y por escrito para tomarlas de otra’”. Y es el caso que Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada obró dentro de estas facultades al entregar la carga para ser transportada en un vehículo afiliado a Movicar. Por lo tanto, no se pueden aplicar los artículos 9, 11, 13 y la del precitado decreto, “que regulan una situación jurídica distinta, escasez permanente de vehículos o de carga de dos empresas, que recíprocamente se compensan y complementan mediante contratos estables que requieren la aprobación de las autoridades del transporte”.

Continúa el casacionista con sus comentarios sobre fuerza mayor o su sinónimo caso fortuito y sobre los principios que rigen la responsabilidad del transportador, para entrar luego a precisar los yerros del sentenciador.

3º Habiéndose definido el delito que se cometió contra la sociedad demandada, que la colocó “en un evidente caso de fuerza mayor por haber sido un evento imprevisto al cual no pudo resistir la compañía transportadora ... resta solamente mirar en el proceso si está probado el delito que constituyó la fuerza mayor, porque ciertamente se puede afirmar que no se intentó, por ninguno de los medios de recibo legal, demostrar la culpa de Eduardo Botero Soto & Compañía

Limitada en la producción de la fuerza mayor”, expresa el censor.

A este efecto se refiere primero en la fotocopia del recibo número 30993 (Fj. 11, cuaderno principal), que la sociedad demandada expidió a Coltabaco cuando recibió la orden de transporte, documento que se tiene por auténtico por el reconocimiento que de él hizo el gerente de aquella en el interrogatorio de parte que obra a folio 3, cuaderno número 3, y porque fue presentado por la demandante sin salvedades, “y en él, como parte del contrato de transporte consta que se transportará la mercancía en el camión de placas TI-0612 conducido por John Cano”. Como no hubo protesta de la entidad remitente por esta modalidad de transporte, dice el censor, se está dentro de lo dispuesto por el artículo 981 del Código de Comercio, según el cual “el transporte es un contrato en que una de las partes se obliga ... a conducir de un lugar a otro, *por determinado medio ...*”, medio que en este caso es el citado camión conducido por el señor Cano.

“Con las mismas notas de autenticidad y presentadas por la misma demandante, quien no protesta de su contenido y por consiguiente lo acepta, aparecen las cartas de la Compañía Transportadora del 4 de agosto de 1977 (folios 16 y siguientes) y 17 de agosto del mismo año (folios 22 y siguientes)”.

Hay también una copia de la respuesta de la Colombiana de Tabaco.

En el cuaderno número 4 de las pruebas de la parte demandada y de los folios 29 a 82 hay copias auténticas expedidas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla sobre el delito contra la propiedad de que fue víctima la sociedad demandada y de las cuales, dice el impugnante, se deduce: “la realidad del delito, la prudencia con que los despachadores de Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada exigieron no sólo la identificación del conductor, sino la ... del vehículo a través del personal conocimiento que la empresa tenía, algo más: consultaron las listas confidenciales de Defencarga, la entidad gremial que defiende los intereses de los transportadores y no apareció el nombre de John Alexander Cano Mora entre los sujetos vetados”.

Aparece también en el cuaderno 4, folios 14 y siguientes la declaración de Víctor Manuel Moreno Restrepo “que confirma la comisión del delito”.

Con las referidas pruebas considera el impugnante demostrada la fuerza mayor que exonera

de responsabilidad a la sociedad transportadora, lo cual sólo podría desvirtuarse probando que hubo culpa por parte de esta última.

Para establecer la ausencia de esa culpa se dice en el escrito de la censura, que aparece prueba positiva en el proceso en cuanto a la prudencia con que obró la demandada, "si se tiene en cuenta que siguió cuidadosamente las recomendaciones de la entidad gremial Defencarga (folio 21, cuaderno número 4); y que exigió la cédula, tarjeta de autorización, matrícula del vehículo, etc. (folios 16 y siguientes, cuaderno principal)".

Agrega que "a Fj. 20 y siguientes existe una prueba judicialmente ordenada, con citación y audiencia de la parte demandante, que es un oficio de Defencarga..." que contiene las instrucciones y recomendaciones que deben cumplir las empresas transportadoras "y que son justamente los pasos que dio Eduardo Botero Soto y Compañía Limitada".

Se está, dice el recurrente, frente a un caso de fuerza rayor al cual no fue posible resistir, exento de culpa por parte del transportador quien debe ser exonerado de responsabilidad.

Concluye el censor su ataque diciendo que por no haberse resuelto el litigio en la forma anotada, el Tribunal violó las disposiciones indicadas en el encabezamiento del cargo al haber interpretado equivocadamente la prueba que obra a folio 11 del cuaderno principal y por falta de consideración de las que constan a folios 16 y 22 del mismo cuaderno, cartas a Eduardo Botero Soto y Compañía Limitada, a Coltabaco; 20 y siguientes del cuaderno número 4, manual de instrucciones de Defencarga a sus afiliados y del 27 en adelante, cuaderno número 4, copias auténticas del proceso penal. "Fue también violado el artículo 981 del Código de Comercio por falta de aplicación, en cuanto el Tribunal no consideró que se había contratado transporte por un medio determinado tal como lo acredita el recibo aducido por el demandante número 30933, expedido por Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, al recibo de la orden de transporte y en donde consta que ese 'determinado medio' era el camión TI-0612 conducido por John Cano (John Alexander Cano Mora)".

Se considera

1º Según la preceptiva legal contenida en el artículo 982 del Código de Comercio, del contrato de transporte surge para el transportador la

obligación de conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al sitio acordado dentro del término en los vehículos previstos en el contrato y en defecto de estipulación al respecto, conforme a los horarios, itinerarios y demás disposiciones establecidas por los reglamentos oficiales.

Es consecuencia lógica de la norma anterior, que el incumplimiento de dicha obligación compromete la responsabilidad del transportador, quien, de acuerdo con el artículo 1030 íbidem, deberá responder de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que esa cosa quede a su cargo hasta cuando sea entregada a satisfacción del destinatario.

Cabe, sin embargo, anotar que la responsabilidad del transportador por la pérdida de las cosas que se le han encomendado, no es absoluta, pues cuando el incumplimiento no le es imputable, sino que resulta de un hecho extraño que supera su voluntad y lo coloca en imposibilidad de cumplir, queda liberado de responsabilidad y de la consiguiente obligación de indemnizar al destinatario, por los perjuicios sufridos por él.

El artículo 992 del mismo Código de Comercio, dice, en efecto, que "el transportador sólo podrá exonerarse total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución, o por la ejecución defectuosa y tardía de sus obligaciones, mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador; de vicio propio o inherente a la cosa transportada, o de culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario...". Se sigue de este planteamiento que para que el transportador pueda exonerarse de responsabilidad por la pérdida de la cosa transportada, tendrá que probar la ocurrencia del hecho extraño constitutivo de la fuerza mayor y que tal ocurrencia no se debió a su culpa, negligencia o descuido. Y por fuerza mayor o caso fortuito se entiende, según lo define el artículo 1º de la Ley 95 de 1980, "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.", o sea que para que éste tenga lugar, se requiere que el hecho sea imprevisible e irresistible.

Imprevisible será cuando se trate de un acontecer súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia, e irresistible cuando sea inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias.

Aunque, en principio, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación contraída por el transportador es de su cargo, cuando éste pretenda alegar el hecho de un tercero como factor exonerante de aquélla, deberá probar que tal hecho fue imprevisible, e irresistible. Por otra parte, no debe perderse de vista que el artículo 984 del Código de Comercio, dispone que: "El transportador podrá encargar a terceros, en todo o en parte, la conducción contratada, pero bajo su responsabilidad y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato con el pasajero, el remitente o destinatario".

2º Expresa el censor que en el caso que ahora ocupa a la Corte, la sociedad demandada no es responsable de la pérdida de la mercancía que recibió de la compañía demandante, en virtud de "la situación de fuerza mayor en que se vio colocada por razón del ingenioso y hábil delito de que fue víctima", delito que aparece probado en los autos y que consistió en el robo de la citada mercancía perpetrado por el conductor del vehículo a quien se le confió su transporte a la ciudad de Medellín.

Y con el fin de probar esa situación de fuerza mayor no debida a culpa suya, la parte demandada afirma que, a pesar de haber tomado todas las precauciones necesarias para garantizar el cumplimiento de su encargo, ocurrió "un imprevisto al que no pudo resistir", pues el conductor en mención defraudó la fe pública con tres instrumentos insospechables: cédula de ciudadanía, licencia para conducir y autorización de la entidad a la cual estaba afiliado el referido vehículo.

Al no haberse resuelto así, como en efecto no se hizo, dice el recurrente, el Tribunal incurrió en infracción indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

3º Para llegar a su decisión el juzgador tuvo como probado el contrato de transporte celebrado entre la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. y la sociedad Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, con base en los siguientes documentos: la nota dirigida por la parte demandada a la demandante el 17 de agosto de 1977 (cuaderno principal, folio 21), con la que le envía fotocopia de la planilla número 13309 del 2 de junio del mismo año, que hace relación a la mercancía entregada a John Alexander Cano Mora; el recibo que obra al folio 11 del cuaderno principal, proveniente de la parte demandada, en que consta que Coltabaco le entregó la referida mercancía para su transporte el citado 2 de

junio y la carta número J 0724 de agosto 7 de 1977 del Departamento Jurídico de Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, enviada a la demandante (cuaderno principal, folio 16), dando cuenta del ilícito de que fue objeto el cargamento de ésta, pruebas todas que fueron reconocidas por el gerente de la sociedad demandada dentro del proceso.

Con los mismos documentos estableció el ad quem el incumplimiento de la empresa transportadora, por cuanto ésta no entregó a la firma destinataria la mercancía recibida de la actora, hecho debidamente aceptado por aquélla. Dio igualmente por demostrado el incumplimiento en razón de la pérdida de la cosa transportada, hecho que también aparece probado en los autos.

4º Ahora bien: si es la misma persona demandada la que ha reconocido su falta de entrega, es ella, en principio, la que debe responder de la pérdida total del cargamento que le fue confiado para transportar a Medellín, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1030 del Código de Comercio como lo afirma el Tribunal, y, por lo mismo, la compañía demandante en su condición de destinataria, queda autorizada a hacer valer ante el transportador los derechos resultantes del contrato de transporte, según lo previsto por el artículo 1024 ibídem.

Pretende el impugnante, sin embargo, alegar exoneración de la responsabilidad de la sociedad demandada, por la situación de fuerza mayor en que se vio colocada y que el Tribunal no tuvo en cuenta, por haber interpretado erróneamente una prueba y no haber considerado otras.

La primera de ellas es el recibo número 30933, cuya fotocopia obra al folio 11 del cuaderno principal, que la demandada expidió a la actora cuando recibió la mercancía y en el cual "como parte del contrato de transportes, consta que se transportará la mercancía en el camión de placas TI-0612 conducido por John Cano". El yerro que sobre esta prueba se endilga al sentenciador, es el haber desconocido que la parte demandante no objetó la modalidad de transporte indicada en ese documento y que por tal motivo lo aceptó, estando así acorde con el mandato del artículo 981 del Código de Comercio, que dice que "el transporte es un contrato en que una de las partes se obliga ... a conducir de un lugar a otro, por determinado medio ... (las subrayas fuera del texto)".

✓ A este respecto se observa que siendo obligación de la parte demandada, la de transportar y

entregar satisfactoriamente a su destinatario la mercancía tantas veces citada, era a ella y no a la compañía demandante a la que le correspondía tomar las previsiones del caso para cumplir debidamente su encargo, entre las cuales estaba la de asegurarse de la idoneidad del medio de transporte. En consecuencia, no se da para esta prueba el error de hecho que trae la censura.

No tiene tampoco razón el recurrente cuando afirma que el juzgador no consideró las cartas dirigidas por Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada a Coltabaco S. A. (cuaderno principal, folios 16 y 21), ni las copias auténticas del proceso penal (cuaderno 4, folios 27 y siguientes), porque además de haberle servido como fundamento de su fallo, fueron justamente las que demostraron el incumplimiento de la parte demandada, la cual, a través de ellas, reconoció la pérdida de la mercancía después de haberla recibido de la compañía demandante.

No puede igualmente sostenerse, como lo pretende el censor, que el Tribunal haya incurrido en error de hecho por no haber tenido en cuenta el manual de instrucciones de Defencarga a sus afiliados (cuaderno 4, folios 20 y siguientes), porque, aunque no aparece mención expresa del mismo, sí se probó en el proceso que la sociedad demandada no dio estricto cumplimiento a sus recomendaciones, ya que no solicitó a "Movicar", —empresa de transportes a la cual estaba afiliado al camión TI-0612— autorización para transportar la mercancía en dicho vehículo, ni tuvo la precaución de averiguar si el conductor John Alexander Cano Mora era conocido por la citada empresa.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que el error de hecho atribuido al fallador no se configuró, y, por tanto, para rechazar el cargo.

Es conveniente, sin embargo, recordar que el robo por sí solo no constituye fuerza mayor que exonere al transportador de responsabilidad, sino que es necesario probar además que, a pesar de haber tomado todas las previsiones, no se pudo evitar el hecho, como lo tiene dicho la Corte en su siguiente fallo: "Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador 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 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 esos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen 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 ..." (LXIX, 555).

Es indudable que el hecho traído por la demandada como constitutivo de fuerza mayor, era definitivamente previsible y resistible al haberle confiado el transporte de la mercancía recibida de la compañía remitente a una persona que no conocía y que conducía un vehículo afiliado a otra empresa, ha debido verificar cada uno de los datos presentados.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

1º Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia de haber violado indirectamente los artículos 981, 982, 1008, 1009, 1010, 1023 y 1035 del Código de Comercio y 1609 del Código Civil por falta de aplicación, y por indebida aplicación de los artículos 1022, 1030 y 1031 del Código de Comercio, al dar por probados hechos que no lo están.

2º En desarrollo de la censura, después de comentar las obligaciones que surgen del contrato de transporte para la parte remitente o la destinataria de la cosa transportada, afirma el recurrente que "la demandante incumplió la de pagar el precio o flete ordenado por los artículos

981 y 1009 del Código de Comercio y la de informar a la sociedad demandada sobre el valor y el volumen de las cosas a transportar, con desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 1010 *ibidem*".

3º En cuanto a la primera obligación manifiesta que, "no hay prueba en el proceso a que llamó la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. a Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, de que aquella demandante le hubiera pagado a esta demandada el flete o precio del transporte y si no le fue pagado el flete, no puede predicarse que la transportadora . . . esté en mora de cumplir sus obligaciones".

Transcribe luego el aparte del fallo que obra al folio 108 vuelto y que dice: "Si la mercancía fue extraviada una vez entregada al transportador, en forma alguna podrá responsabilizarse al remitente, toda vez que expresamente establece el artículo 1031 del Código de Comercio, que corre a cargo del transportador, la cancelación de la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada", para deducir que la violación indirecta del artículo 1031 ocurrió, "al haber aceptado la prueba de la pérdida de la mercancía por un delito, pero haber deducido de tal pérdida una consecuencia errada, sobre la responsabilidad, y no haber aplicado en este caso los artículos 981, 1009, 1023 y 1035 de la misma obra que establecen el pago del flete como condición de la formación del contrato de transporte y del ejercicio de las acciones que genera".

4º En relación con el precio y volumen de la mercancía sostiene el impugnante que el Tribunal erró en la apreciación del dictamen pericial, que obra a folios 7 y siguientes del cuaderno número 3 "al conceptuar que el contrato quedó completo con este avalúo, porque él fue *ex post facto*, es decir, posterior a los hechos . . ." y que como consecuencia de esa apreciación, dejó de cumplir lo dispuesto por el artículo 1010 del Código de Comercio y aplicó, en cambio, el 1022 del mismo Código.

Lo dicho tuvo lugar, porque el valor se probó dentro del proceso, "pero esta prueba no podía sustituir la obligación que el remitente, Coltabaco, tenía de declarar el valor de la mercancía al día 2 de junio de 1977, cuando se celebró el contrato".

Y así continúa: "Haber apreciado equivocadamente que una prueba practicada el 8 de noviembre de 1978 (cuaderno 3, folios 7 y siguientes) pueda sustituir el cumplimiento de una obligación que se hizo exigible el 2 de junio de

1977, llevó al Tribunal a no dar aplicación al artículo 1023 y en su lugar aplicar el 1030, que manifiesta quebranto de ambas normas".

Concluye el censor su ataque expresando que si el sentenciador no hubiera incurrido en los yerros descritos, habría disuelto de todos los cargos a la sociedad demandada.

Se considera

1º De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, a la violación de la ley sustancial, por falta de aplicación o aplicación indebida, se puede llegar como consecuencia de un error de derecho o manifiesto de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

A su vez, el error de derecho se da por indebida valoración legal de tales pruebas, o sea cuando el juzgador asigna a las que obran en el proceso, un mérito que la ley no consagra o les niega el que ella les concede. En cambio el error de hecho tiene lugar cuando el sentenciador supone una prueba que no existe en los autos o ignora la que sí se adujo, hipótesis que respectivamente comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido o por cercenamiento del mismo.

Siendo estos dos errores de diferente naturaleza y teniendo características y causas propias, la demanda de casación por violación indirecta de la ley debe precisar con claridad en cuál de ellos se basa, tanto porque así lo dispone el artículo 374 *ibidem*, como por el formalismo del recurso extraordinario.

2º La omisión del recurrente en señalar la clase de error que le endilga al Tribunal sería motivo suficiente para rechazar el cargo, como en repetidas ocasiones lo ha hecho la Corte, pero esto no obsta para hacer algunas consideraciones sobre la censura que se hace a la sentencia.

3º *Fundamenta el recurrente su ataque en la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, a pesar de no aparecer probado en los autos que la parte demandante hubiera pagado el precio del flete, siendo éste la contraprestación natural del remitente en el contrato de transporte, el Tribunal dedujo para la parte demandada la responsabilidad por la pérdida de la mercancía.*

Por medio del referido contrato una de las partes se obliga con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario, según lo establece

el artículo 981 del Código de Comercio. Y, de acuerdo con el artículo 982 *ibídem*, surge del mismo para el transportador, la obligación de conducir sanas y salvas a las dichas personas o cosas al lugar o sitio convenido, por manera que sólo cuando éstas lleguen a su destino puede considerarse cumplido el contrato por parte de aquél. A su vez, cuando se trate de transporte de cosas, el remitente o el destinatario se obliga a pagar al transportador el precio del transporte o flete y los demás gastos que se causen con este servicio ... sea cuando se celebra el contrato y se le entregue la cosa a transportar o cuando ésta sea recibida en el lugar convenido, como se desprende del artículo 1009 *ibídem*, que prevé el envío o remesa a "debe", "entrega contra pago", "C.O.D." u otras formas equivalentes, caso en el cual serán solidariamente responsables del pago el remitente y el destinatario, o lo que es lo mismo, que no es necesario que el transporte se pague al tiempo de entregar la mercancía para su conducción.

A lo anterior se agrega que, aun en el caso de que el remitente no pague el precio de los fletes y demás gastos, el transportador podrá ejercer el derecho de retención hasta cuando aquél cumpla con su obligación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1003 del Código de Comercio.

4º Es evidente, como lo afirma el censor, que no aparece probado en el proceso que la compañía demandante hubiera pagado el precio del flete, como en efecto no lo hizo, pero de esto no se puede concluir que la parte demandada esté exenta de responsabilidad, según lo pretende la censura, pues de lo ya expuesto se deduce que el pago del flete podía hacerse cuando fuera entregada la mercancía a la compañía destinataria, en este caso la misma remitente. Cabe agregar que esta era una modalidad acostumbrada entre las dos entidades en litigio, al decir del testigo Manuel Moreno Restrepo, encargado del control de vehículos de Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, quien al ser preguntado si la empresa controlaba los fletes al momento de la entrega de la mercancía, contestó: "Nosotros esto lo llamamos contrapago y lo hacemos con empresas que no conocemos, ... pero con empresas conocidas como Coltabaco, Coltejer ... etc., se les da un tiempo en el Departamento de Cartera que es el que consigna" (citado por el Tribunal, cuaderno 5, folio 110 vuelto).

Comparte así la Sala la decisión del *ad quem* que rechazó la excepción de contrato no cumplido, porque habiéndose perdido la mercancía una vez entregada al transportador, no puede

responsabilizarse al remitente de incumplimiento, ya que el artículo 1031 del Código de Comercio, dice expresamente que corre a cargo del primero el pago de la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada. Por la misma razón no puede darse aplicación al artículo 1035 de la citada obra, que exige el pago del flete y demás gastos de transporte para que el destinatario pueda reclamar la cosa transportada y ejercer las correspondientes acciones.

5º En la continuación de la censura se acusa al Tribunal de haber errado en la apreciación del dictamen pericial decretado por la juez de primera instancia (cuaderno 3, folio 7), al tenerlo como prueba de valor y el volumen de la mercancía y conceptuar que con él quedaba completo el contrato de transporte, no obstante haber sido rendido con posterioridad a los hechos.

Aunque el artículo 1010 del Código de Comercio exige al remitente indicar al transportador, entre otros datos, el valor y volumen de las cosas, el artículo 1022 *ejusdem* dispone que la carta de porte y las omisiones, errores o modificaciones de ésta, deberán probarse conforme a lo previsto en la ley, norma que el juzgador *ad quem* tuvo en cuenta para acreditar el valor en mención por medio del citado dictamen.

Por otra parte, debe anotarse que fue la misma sociedad transportadora, como lo sostiene el Tribunal, la que elaboró la planilla de embarque número 13309, obrante al folio 12 del cuaderno principal, cuya copia remitió a la demandante con nota número J 771 de agosto 17 de 1977, que a la letra dice: "... 2º Le estamos enviando fotocopia de la planilla 13309 con la cual se amparaba el transporte de su cargamento" y que hace alusión a las facturas 1611 y 1612, expedidas por Celanese, en las que aparece la cantidad de mercancía transportada y el peso de ésta, 10.731 kilos. Este documento implica, por lo tanto, la aceptación por parte de Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada del encargo que le hiciera la Compañía Colombiana de Tabaco S. A.

El cargo es impróspero.

V Decisión

En mérito de las consideraciones que antecedan, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 31 de enero de

1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., frente a la sociedad Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada.

Costas a cargo del recurrente.

Cúmplase, notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.



RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Para la procedencia del recurso no basta que la sentencia se haya proferido irregularmente o que esté mal fundada; es necesario que se den las causas precisas señaladas en la ley.

La revisión es medio para atacar la sentencia ejecutoriada primeramente por vicios externos al proceso en que fue dictada; en forma excepcional, por los defectos inmanentes a aquél.

Qué se entiende por "maniobra fraudulenta" de la parte.

Las aseveraciones contenidas en la demanda ejecutiva acompañadas de las respectivas pruebas, las cuales fueron conocidas desde un principio por el juez y por la parte demandada, no constituyen ardid para inducir a engaño a los demás sujetos del proceso.

De ser así el ataque a la sentencia de excepciones a través del recurso de revisión no se haría por vicios externos trascendentes a ella, sino por irregularidades internas al proceso mismo en que se dictó el fallo y conocidas antes de que éste se profiriera.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 26 de enero de 1982.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión propuesto por la entidad "Centro Simón Bolívar S. A.", contra la sentencia del 18 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ejecutivo instaurado por el establecimiento público denominado "Fondo Nacional de Ahorro" en frente de la aquí recurrente.

I *Antecedentes*

1. Mediante la Escritura Pública número 1832 de 14 de noviembre de 1972, otorgada en la Notaría Undécima de Bogotá y aclarada, en lo que se refiere a los linderos de los inmuebles en ella descritos, por la número 1945 del 27 de noviembre siguiente, pasada también en esa notaría, la sociedad "Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa", legalmente constituida, celebró con el "Fondo Nacional de Ahorro" un contrato de mutuo, cuyas cláusulas fundamentales fueron las siguientes:

a) Con el propósito de financiarle el 50% de un plan arquitectónico que adelantaba entonces la sociedad "Ipasa", el "Fondo" le concedió un préstamo por la suma de \$ 54.969.488.00, que le sería entregado por éste a aquélla en 9 instalamentos en las siguientes fechas y por estas cantidades: \$ 7.000.000.00 el 15 de noviembre de 1972, \$ 4.000.000.00 el 15 de febrero de 1973, \$ 4.000.000.00 el 15 de mayo siguiente, \$ 5.000.000.00 el 15 de julio, \$ 6.000.000.00 cada 15 de los meses de septiembre y noviembre de ese mismo año; dos contados de \$ 7.000.000.00 cada uno el día 15 de los meses de enero y marzo de 1974, y el último el 15 de mayo siguiente por \$ 8.969.488.00;

b) Mediante la cláusula 22 de dicho contrato estipularon las partes, sin embargo, que la entrega de dichos instalamentos "se podrá modificar de acuerdo con el adelanto de la obra certificada por el Supervisor del Fondo . . .", quien debía supervigilar "la inversión en las obras y planes de vivienda que se adelanten con el presente crédito", Supervisor que, designado por el acreedor, debía ser "pagado por el prestatario a través del Fondo, cuyos honorarios serán fijados en su documento" número 2, "aceptado por acuerdo número 5 de 25 de julio de 1972 de la Junta Directiva, que declara el deudor conocer";

c) Se comprometió el deudor a reconocer al acreedor, durante los tres años que comenzarían a correr "para cada instalamento en la fecha de la firma del recibo", tiempo estipulado para la vigencia de la obligación, un interés a la rata del 18% anual, o del 24% en caso de retardo, intereses que se pagarían "por semestres anticipados", reservándose el "Fondo" el derecho de modificar las tasas estipuladas "mediante disposición de carácter general de la Junta Directiva que será notificada por escrito al deudor, quien la acepta desde ahora";

d) Acordaron los contratantes que en caso de mora del deudor en el pago de los intereses estipulados, el acreedor "podrá dar por vencido el plazo para el pago respectivo y proceder inmediatamente a su cobro total ..." y exigir jurídicamente no sólo la cuota o cuotas atrasadas, sino todo el capital mutuado con los intereses penales, y

e) Para garantizar el pago de las obligaciones por ella adquiridas, por esa misma escritura la sociedad "Ipasa" constituyó a favor del "Fondo" hipoteca de primer grado sobre los tres inmuebles de su propiedad, ubicados en el área urbana de esta ciudad y distinguidos por sus nomenclatura y aludaciones consignadas en esos dos documentos escriturarios.

2. Por medio de la Escritura número 3512 del 26 de diciembre de 1976, otorgada en esa fecha en la notaría atrás citada y debidamente inscrita, varias personas, entre las cuales se encontró "Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa", se agruparon y constituyeron la sociedad que rige bajo la razón social "Centro Ipasa S. A."

En ese mismo acto el citado socio "Inversiones, Promociones y Administración S. A.", para pagar su aporte, transfirió a favor del "Centro Ipasa S. A." el derecho de dominio sobre el inmueble ubicado en Bogotá, entre las calles 52 y 53 y las carreras 13 y 14, de una extensión aproximada de 8.763 metros cuadrados, afecto al gravamen hipotecario a que atrás se hizo alusión. Por consiguiente, la nueva sociedad allí constituida asumió el crédito hipotecario, haciéndose cargo "de todas las obligaciones y derechos contenidos en la Escritura Pública número 1832 de 14 de noviembre de 1972 de la Notaría Undécima y que por tanto será de su cargo el préstamo que el Fondo Nacional de Ahorro concedió a Ipasa y que queda vigente la hipoteca que pesa en el inmueble que en esa oportunidad se ha transferido al 'Centro Ipasa S. A.'. Que en con-

secuencia el Centro Ipasa S. A., comprometiendo su responsabilidad sustituye a la sociedad Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa, en los contratos de mutuo con garantía de hipoteca a favor del Fondo Nacional de Ahorro que constituyen la escritura que se acaba de mencionar, cuyas obligaciones a favor del citado Fondo cumplirán en todas sus partes, siendo condición expresa, que queda vigente, para seguridad y eficacia del pago de la deuda, la hipoteca constituida sobre el inmueble de esta escritura y que las presentes declaraciones no causan novación a ninguno de los contratos citados, pues las partes no tienen intención de novar".

3. Mediante la Escritura Pública número 1479 de 12 de julio de 1974, también otorgada en la misma notaría de Bogotá y debidamente inscrita en el registro comercial, con la licencia previa concedida al efecto por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, se protocolizó la reforma estatutaria de la sociedad "Centro Ipasa S. A.", modificándose "el nombre de la sociedad, de Centro Ipasa S. A., a Centro Simón Bolívar S. A."; expresándose en dicha escritura que de acuerdo con tal reforma, "todas las operaciones de la sociedad en lo sucesivo, se harán con el nuevo nombre de 'Centro Simón Bolívar S. A.'".

4. Los instalamentos del crédito concedido por el Fondo de Ahorro a la sociedad Ipasa, a que atrás se hizo referencia, fueron entregados por esas sumas así: 7 de diciembre de 1972, 20 de febrero, 16 de mayo, 18 de julio, 25 de septiembre y 13 de diciembre de 1973 a "Inversiones, Promociones y Administración S. A., Gerencia", 26 de febrero de 1974 a "Centro Ipasa S. A., Gerencia", y los dos últimos el 12 de agosto siguiente a "Centro Simón Bolívar S. A."

II

El proceso ejecutivo

1. Mediante escrito que fue repartido el 22 de noviembre de 1974 al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, el precitado establecimiento "Fondo Nacional de Ahorro", acompañando a su libelo los documentos atrás referidos y otros más, demandó en proceso ejecutivo con acción mixta a la entidad "Centro Simón Bolívar S. A.", con el fin de que se librara en contra de ésta y a favor de aquél orden de pago por la suma de \$ 54.969.488.00, más los intereses pactados al 24% anual "y proporcionalmente por fracción" desde el 21 de agosto de 1974 y hasta cuando el pago se efectúe.

Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el ejecutante expresó en su demanda que en lo referente al pago de los intereses el deudor incurrió en incumplimiento en repetidas ocasiones “y en el cual aún persiste, estando en consecuencia facultado el acreedor para dar por extinguido el plazo y exigir el pago inmediato y total de la deuda, como en efecto lo hace, declarando la obligación de plazo vencido a partir del día 21 de agosto de 1974, pues el día 20 de agosto de 1974 venció el término para pagar el semestre anticipado del segundo instalamento, incumplimiento éste al cual se agregan los demás ya expresados anteriormente”.

En dicha demanda el acreedor solicitó, como medida previa, que el gerente de la entidad demandada fuese citado a reconocer los recibos de entrega de los instalamentos del crédito, los cuales acompañó originales a tal libelo.

2. Luego de haberse dado por reconocidos dichos recibos ante la incomparecencia del citado, mediante auto del 29 de marzo de 1976 el juzgado del conocimiento dictó orden de pago en los términos en que fue solicitada en la demanda, decisión que el Tribunal Superior de Bogotá mantuvo en la suya proferida el 7 de diciembre del año siguiente, para desatar así la apelación propuesta por la sociedad ejecutada.

3. Oportunamente ésta propuso las siguientes excepciones, que apoyó en los hechos que adelante se consignan:

a) “Insuficiencia del Título Ejecutivo” porque, aseveró la excepcionante, los recibos que se anexaron a la demanda como complemento de la escritura del mutuo con hipoteca “adolecen de insuficiencia conforme al querer del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil”, ya que, agregó, “el hecho de haber sido dados por reconocidos, mediante providencia judicial, cumpliendo la orden que en tal sentido dio el Tribunal Superior, no alcanza a subsanar la insuficiencia”.

Recuerda la excepcionante que el préstamo “se hizo a una sociedad distinta, Ipasa S. A. Inversiones y Promociones S. A., siendo esta sociedad, en tal situación, la obligada a pagar; si bien es cierto que se hizo una mal llamada subrogación, no aparecen en la escritura las autorizaciones legales, o de ley y estatutarias, para que el Gerente del Centro Simón Bolívar S. A. (antes Centro Ipasa S. A.), pudiera comprometer a esta nueva sociedad”;

b) “Al momento de la demanda no había llegado el término de la obligación”, defensa esta que la excepcionante hizo consistir en los hechos que invocó así: que conforme a la Escritura número 1832 de 14 de noviembre de 1972, el término estipulado para el pago del primer instalamento se vencía en diciembre de 1975; que ello no obstante “la demanda fue presentada antes del primer plazo para el inicial instalamento”; y que, de otra parte, según las cláusulas 7ª y 8ª de dicha escritura, “sólo se autorizan en caso de mora en el pago de intereses que éstos se pagaran a la tasa del 24% anual en vez del 18% que fue el interés del plazo, mas no el anticipo del mismo”.

Agregó la deudora que, según la cláusula 2ª de la citada escritura pública, “el plazo total del crédito, para su cancelación es hasta de tres años, siendo entendido que este plazo comienza a correr para cada instalamento en la fecha de la firma del recibo respectivo”; y que como, según la demanda, el primer instalamento fue entregado el 12 de diciembre de 1972, entonces “el vencimiento debió ser el día 12 de diciembre de 1975” y, sin embargo, “la obligación se pretendió cobrar antes de tiempo”;

c) “No hay deuda de intereses”, medio defensivo este que fundó la entidad ejecutada en las siguientes afirmaciones: que para “el día 20 de agosto de 1974 no se debían intereses”, ya que “el Fondo Nacional debía devolver la suma” que por tal concepto había “cobrado arbitrariamente”; que sin embargo de haberse estipulado intereses a la rata del 18%, “se liquidaron a la del 19% inicialmente, y luego sin haberse presentado el caso previsto en el contrato se liquidaron al 24%”; y que, por tanto, “al momento de la demanda ejecutiva existía un saldo a favor del mutuuario que desvirtúa totalmente la base tomada para dar por vencida la obligación”. Y añadió: “Habiéndose descontado los intereses anticipados por el Fondo Nacional de Ahorro, de los instalamentos, como resulta de los recibos, no sólo no se debían en el momento de la demanda, sino que el Fondo resultaba debiendo, en ese momento, un saldo al ejecutado”.

Aseveró además, en apoyo de esta excepción, que conforme al contrato de mutuo “los recibos eran la forma de acreditar los instalamentos recibidos, pero no los intereses que debían devolverse en caso de restitución”;

d) “El retardo de la obligación principal es lo que permite el cobro de los instalamentos vencidos”.

Como fundamento de esta excepción, expresó la ejecutada que “el uso del término ‘retardo’ de la cláusula séptima del contrato de mutuo debe tomarse, por querer del artículo 1622 del Código Civil, como aplicable a todo el contrato, es decir, también a lo establecido en la cláusula segunda que es la que establece ‘el plazo para la cancelación total del crédito’ (que es de tres años), contados para cada instalamento en la firma del recibo respectivo”; y que “la cláusula octava, que remite ‘al plazo’, no deja duda que el ‘retardo’ se refiere a la obligación principal y no a los intereses”;

e) “Carencia de acción ejecutiva para el cobro de los honorarios del Revisor”, por cuanto, explicó la deudora, ella “no recibió el monto de dichos honorarios del Fondo Nacional de Ahorro, quien afirma, en los recibos complementarios del título, que los pagó directamente al Revisor o Supervisor, que era su empleado, persona de su dependencia y totalmente ajeno al deudor mutuario”.

4. Después del respectivo traslado al ejecutante, quien dentro de ese término se opuso a las excepciones propuestas por su ejecutado; de haberse vencido el término de pruebas concedido y el del traslado surtido; y del decreto oficioso de algunas pruebas, el juzgado de la primera instancia decidió el incidente en su sentencia del 23 de mayo de 1978, por la cual declaró “infundadas las excepciones propuestas” y por consiguiente ordenó continuar el trámite de la ejecución, “en la forma como se dispuso en el mandamiento de pago”, imponiendo al excepcionante las costas procesales.

En la parte motiva de su fallo observó el juzgador *a quo*, y así lo expresó, que “para demostrar algunos de los hechos fundamento de los medios defensivos esgrimidos, el demandado pidió algunas pruebas que dejaron de practicarse por su culpa, ya que, pese a las respectivas fechas que se fijaron para su realización, ninguna colaboración se prestó ... Esta falta de interés y colaboración en la etapa probatoria se convierte en indicio grave en contra del demandado, que denota e indica la carencia de seriedad en la formulación de las excepciones, tanto más cuanto que, como se entrará a demostrar en seguida, en cuanto al factor jurídico la defensa también carece de solidez”.

5. Por virtud de la apelación propuesta por la ejecutada contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde, luego de admitido el re-

curso y de corrido el traslado a las partes para alegar, derecho que ambos litigantes ejercitaron, se pronunció la sentencia del 18 de octubre de 1978, por la cual se confirmó en su totalidad la apelada, condenando al apelante en las costas causadas en esa instancia.

III

La primera impugnación del fallo del Tribunal

1. Después que la ejecutada formuló denuncia penal contra los magistrados del Tribunal de Bogotá que integraron la sala falladora, denuncia que a la postre no tuvo éxito, pero que llevó a éstos a declararse impedidos para continuar el trámite de la ejecución, el apoderado judicial de la sociedad ejecutada pretendió alcanzar la invalidez de la sentencia de segundo grado, a través del incidente de nulidad que propuso el 30 de octubre de ese mismo año, invocando las siguientes cuatro causales:

a) Haberse seguido “un procedimiento distinto del que legalmente corresponde”, puesto que, dijo entonces el incidentante, “atendiéndome estrictamente a los documentos que obran como pruebas en el negocio y que lógicamente han debido ser examinados aun oficiosamente, *está probado* que el Centro Simón Bolívar S. A. no es la sociedad Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa, ni su sucesora y que en consecuencia, mal podría reconocerse o que se dieran reconocidas a su cargo, obligaciones contraídas por la última sociedad ...”.

Y agregó la sociedad ejecutada que “por este respecto existe una nulidad protuberante, proveniente de que el procedimiento a seguir para el cobro de la deuda, si es que hubiere sido exigible, era el del proceso ordinario, o cualquier otro que condujera a configurar un título ejecutivo, base única del proceso que se ha adelantado contra persona distinta del deudor, en cuanto hace a los instalamentos citados”.

Dijo además, refiriéndose concretamente al “6º instalamento, dentro de la operación de crédito que por \$ 54.000.000.00 había pactado con el Fondo Nacional de Ahorro”, que esa cantidad se entregó al “Centro Ipasa S. A.” con anterioridad al momento en que dicha sociedad tuviera existencia, pues ésta “sólo se constituyó el 23 de diciembre de 1973”; y que por este aspecto también hay un trámite inidóneo, “por cuanto si la actora pretendía que el Centro Simón Bolívar S. A. le cancelara una suma que presuntamente le debía, es decir, la correspondiente a

este instalamento, ha debido probar primero que efectivamente era el Centro Ipasa S. A. o Centro Simón Bolívar S. A. (no Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa, sociedad distinta como se ha visto), la sociedad deudora ...”;

b) La causal de nulidad prevista por el numeral 6º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, o sea, “por haberse pretermitido en ambas instancias el término para alegar a la parte que represento”.

Expresó al punto el incidentante que “el *a quo* no se tomó la molestia de ordenar el traslado para alegar de conclusión, sino que de una vez falló el negocio apenas terminado el período probatorio”; y que el Tribunal, por su parte, “concedió el traslado para alegar, pero según el escrito que glosó, éste fue presentado ‘extemporáneamente’, lo que afirma sin sustentamiento alguno, fundamentándose, probablemente, en una situación de orden administrativo cuya responsabilidad compete exclusivamente al Tribunal, cual es la de que, después de haberse indicado en forma legal, que el término del traslado se vencería el 28 de agosto, fecha en que debería reabrirse el Despacho, colocó posteriormente, sin fecha, sin sello y con la firma de la Oficial Mayor, la indicación de un término distinto”;

c) Aseveró el incidentante además, invocando así otro motivo de nulidad, que a pesar de haber cumplido él con los requisitos de los artículos 67 y 68 de la codificación antecitada, “el Tribunal dejó de reconocerme personería ... Por este aspecto, existe pues una grave irregularidad (artículo 152) en la sentencia del Tribunal, ya que obviamente no es potestativo de éste reconocer o no la personería de los apoderados cuando se han reunido los requisitos legales del caso”;

d) Finalmente, apoyándose en lo estatuido por el artículo 154 del Código sobredicho, la sociedad ejecutada propuso como causal de nulidad la “originada en la sentencia” de excepciones, por no encontrarse ésta, a su juicio, debidamente motivada.

Expresó que dicho fallo permite ver que el Tribunal de Bogotá, “en lugar de examinar los distintos hechos y probanzas que constan en autos, alegremente, resuelve por toda fundamentación, manifestar que el negocio debe fallarse en contra de la demanda porque su apoderado no tuvo determinada diligencia dentro del término probatorio ...”; y que a los magistrados integrantes de esa sala falladora “no les parece del caso referirse a ninguno de los puntos que relativamente a los pagos de instalamentos traté en

el alegato ante esa Corporación, los cuales han debido ser materia de estudio, así fuera oficiosamente, puesto que las pruebas pertinentes, decretadas como tales, se encontraban en el expediente ...”.

2. Tramitado que fue este incidente, el Tribunal Superior de Bogotá lo decidió por su auto del 31 de octubre de 1979, mediante el cual denegó la declaración de nulidad deprecada y condenó en costas al incidentante.

Para desechar las causales invocadas el Tribunal, además de algunas otras consideraciones en torno de cada una de las alegadas, se expresó así relativamente a la de trámite inadecuado:

a) “En el caso *sub lite*, el Fondo Nacional de Ahorro pidió librar orden de pago por la vía ejecutiva a su favor y en contra del Centro Simón Bolívar S. A. por una suma de pesos, y, además, la venta en pública subasta de un inmueble situado en esta ciudad de Bogotá. Este incoó, entonces, la llamada acción mixta, esto es, con la que se persiguen bienes distintos de los gravados con la hipoteca o la prenda.

“Dicha petición entraña la existencia de un proceso ejecutivo, dentro de los consagrados por el Título XXVII del Código de Procedimiento Civil. Esos trámites son los que han de respetarse; evento que justamente aconteció en los autos. Por tanto, como el hecho irregular que se sanciona es el relativo al procedimiento inadecuado o la inobservancia de las formas propias de cada proceso, las circunstancias narradas por el actor incidental, aun de ser ciertas, no conducen a dicha nulidad.

“Las situaciones que atañen al derecho que se disputa no cabe discutir las por el camino de la nulidad procesal. La viabilidad del título base del recaudo es ciertamente una cuestión que encuéntrase fuera de discusión, por haber sido materia juzgada a través de las sentencias de primera y segunda instancia, providencia esta última con la cual se cerró todo debate sobre el particular”;

b) Relativamente a la afirmada pretermisión del término para alegar, el Tribunal, después de determinar la manera de computar los términos judiciales a través de lo ocurrido en este caso, para desechar la irregularidad expresó: “El expediente se mantuvo en la secretaría sin solución de continuidad por el término respectivo. Por supuesto que ese término no se interrumpió y apenas se introdujo nuevamente el proceso al Despacho el 5 de septiembre posterior, después que

se interrumpiera la actuación desde el 16 al 31 de agosto 'por el cambio de sede del Tribunal'.

"Bien, es verdad que la nota secretarial de traslado erróneamente indicó el lapso del 9 al 28 de agosto de 1978 como término concedido al apelante para alegar. Pero es de advertir que tal estaba contabilizando un día más del legal —5 días— para estos menesteres procesales; y como semejante yerro no tiene la virtud de modificar la ley, ni bajo el supuesto de que el secretario tenga funciones jurisdiccionales, síguese la imposibilidad de acoger esa apreciación temporaria para entender que se cercenó el derecho de defensa de la ejecutada. El término de traslado corrió en el lapso comprendido del 9 al 14 de septiembre";

c) Refiriéndose a la falta de reconocimiento de apoderado, que el incidentante alegó como otro motivo de nulidad, para rechazarlo el Tribunal dijo: "Por orden judicial no se reconoció al abogado Iván Puyo Vasco como sustituto de Pedro Cadena Copete, en su condición de apoderado judicial del Centro Simón Bolívar S. A., tal es evidente. Pero también lo es que implícitamente hubo el reconocimiento que expresamente se echa de menos, pues que como apoderado principal de la parte demandada el magistrado ponente a él se refirió para declararse impedido y negarle un recurso de reposición";

d) Finalmente, para descartar la invocada falta de sustentación de la sentencia de excepciones, el Tribunal dijo: "... débese resaltar que la proferida por el Tribunal en el grado de competencia funcional no se resiente de motivación absoluta. Los razonamientos expuestos por el juzgador en el punto, a más de justificar la sentencia, corresponden al cumplimiento constitucional del artículo 163, desarrollado por el 303 del Código de Procedimiento Civil. Es un elemento de la sentencia y formalmente aparece en ella.

"La impugnada dedica varios apartes al estudio de los antecedentes, presupuestos procesales, pretensiones, excepciones y pruebas. De donde no es fácil advertir la falta total de motivación y estudio del conflicto de intereses puesto en manos de la justicia.

"Y no sin resaltar que ahora no es dable indagar sobre la bondad y acierto de los fundamentos que tuvo el Tribunal para confirmar la decisión apelada, la proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito. Naturalmente que el trámite incidental de la nulidad no es el mecanismo apropiado para analizar la situación de

fondo del negocio, so pena de mermar la seguridad y certeza que impone un fallo ejecutoriado, lo que es jurídicamente inaceptable".

3. Inconforme con lo así resuelto, la sociedad ejecutada interpuso contra dicha decisión recurso de súplica, que tampoco fue medio eficaz para alcanzar su pretensión de invalidar la sentencia de excepciones, pues que el Tribunal denegó esa nueva impugnación en su auto del 18 de diciembre de 1979.

En sustento de su nueva resolución el Tribunal, refiriéndose aquí a los tres primeros motivos de nulidad alegados, dijo que todos ellos se relacionan con "situaciones y hechos acaecidos antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, luego de proferida ésta, escapa para el Tribunal el conocimiento de un nuevo debate al respecto, pues de lo contrario, se estaría extrabasando en sus funciones ...".

En lo que concierne a la alegada por el incidentante falta de motivación de la sentencia, el Tribunal, una vez más, la descarta por no corresponder a la realidad. Al efecto, después de la cita de los preceptos legales atinentes a la cuestión, expresó el *ad quem*: "De la simple lectura del aludido fallo ... se deduce que la Sala de Decisión procedió a relatar los antecedentes, luego el estudio de los presupuestos procesales y en capítulo que enunció como 'pretensión, excepción y pruebas' aludió a la pretensión ya estudiada al proferirse el mandamiento de pago, se dijo que los documentos '... que componen el título ejecutivo al tenor del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil'. Dice que no hay insuficiencia del título, por tanto, y que el término para demandar judicialmente la obligación se hallaba vencido cuando se presentó la demanda.

"En cuanto a la excepción denominada el retardo de la obligación, se remite a la prueba consistente en una escritura pública que al efecto analiza y dice que la parte demandada no desvirtuó con pruebas lo afirmado por el demandante. Alude a la obligación que tienen las partes de aportar las pruebas, y por la misma razón declara que no está probada la excepción denominada 'no hay deuda de intereses'. En cuanto a la excepción de 'carencia de acción ejecutiva para el cobro de los honorarios del revisor', se remite a lo dicho por el juez del conocimiento aludiendo a la prueba de donde se concluye la aceptación del demandado en cuanto a tales honorarios. En consecuencia, concluye que la sentencia se ciñe en todas sus partes a derecho y la

confirma. En el contenido del artículo 177 y en la circunstancia de que no se adujeron pruebas que desvirtuaran el valor de la documentación presentada como título ejecutivo, se fundamentó la Sala para confirmar el proveído de primera instancia, luego la providencia sí fue motivada. Que los fundamentos sean o no acertados es cuestión que escapa al incidente de nulidad en el cual sólo debe indagarse si se motivó o no la sentencia, no en la calidad de los argumentos, su certeza y legalidad”.

En cuanto al argumento de la demandada, consistente en que la sentencia no dijo nada en relación con la controversia planteada entre las diferentes sociedades que han figurado como deudoras del Fondo Nacional de Ahorro, al decidir la súplica el Tribunal, después de transcribir lo que al punto argumentó el fallo de primer grado, expresa: “Por tanto, si se estudió tal cuestión en el fallo apelado, y el Tribunal lo estudió al remitirse a la decisión del mandamiento de pago ‘... basta remitirnos al estudio que se hizo de los títulos base de la ejecución, cuando se libró el mandamiento de pago donde se estudiaron tales documentos’ ...”.

4. Insistiendo en su intento de lograr la invalidación de la sentencia de excepciones, la ejecutada propuso contra la anterior providencia un nuevo recurso de reposición, que por estimarlo improcedente el Tribunal lo rechazó de plano en su auto del 28 de marzo de 1980.

IV

El recurso de revisión

1. Así las cosas, mediante escrito presentado en la Secretaría de la Corte el 4 de noviembre de 1980, la entidad “Centro Simón Bolívar S. A.” propuso este recurso extraordinario contra la sentencia del 18 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ejecutivo que contra la aquí recurrente sigue el “Fondo Nacional de Ahorro”.

En la demanda respectiva solicita la recurrente que, con citación del establecimiento público sobredicho, la Corte revise la sentencia mencionada y la “declare sin valor ni efecto”; y que, en su lugar, “profiera la que en derecho corresponda, u ordene devolver el respectivo proceso al Tribunal Superior de Bogotá, para que éste dicte nueva sentencia”.

2. En apoyo de su pretensión impugnativa, la recurrente invoca las causales contempladas

en los numerales 6 y 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, las que hace consistir en los hechos que en lo sustancial se resumen así:

a) *Causal 6ª.*

Luego de referirse el recurrente al contrato de mutuo contenido en la Escritura Pública número 1832 de 14 de noviembre de 1972, otorgada en la Notaría Undécima de Bogotá, y de recordar las fechas en que de acuerdo con el contrato debían entregarse los 9 instalamentos en que se dividió la suma mutuada, asevera que el Fondo Nacional de Ahorro “se atrasó en los desembolsos”, puesto que los instalamentos 8 y 9 sólo los entregó el 12 de agosto de 1974, “es decir, con varios meses de retardo sobre las fechas acordadas contractualmente”; que al hacer la entrega de tales cuotas el acreedor “descontó los intereses que le parecieron del caso, para poner al día el crédito, así como los anticipados, aún en el exceso sobre lo pactado”; y que como instauró su demanda ejecutiva “el día 21 de agosto de 1974”, o sea sólo 8 días después del último desembolso, su conducta resulta “inexplicable y sospechosa”.

Que a pesar de que el Fondo Nacional de Ahorro y su apoderado tenían conocimiento de que la sociedad Centro Simón Bolívar S. A. “no era ni podía ser Inversiones, Promociones y Administración S. A., ‘Ipasa’ ...”, instauró sin embargo su demanda ejecutiva contra la primera sociedad, sabiendo que no se había constituido “como sucesora” de la demandada; que también, “a sabiendas y sin molestarse siquiera” en elaborar una liquidación de la deuda, adelantó la ejecución “sobre la base no probada de que existía mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada”, lo que no era cierto, pues que al momento de presentar su demanda el Fondo Nacional de Ahorro “se había descontado por la derecha, a su favor, intereses en cuantía superior a la pactada”, por lo que “no podía haber la menor duda acerca de que no podía existir mora”; que también, “con pleno conocimiento de estar falseando los hechos”, la demandante afirmó que la ejecutada le adeudaba las cuotas correspondientes a los cinco primeros instalamentos, “lo cual era jurídicamente imposible, por cuanto las cantidades a que se refieren los mismos, no fueron entregadas al Centro Simón Bolívar”, porque esta sociedad se constituyó en fecha posterior a la entrega de tales instalamentos; y que, además, “con sospechoso desinterés por ajustarse a la realidad de los hechos”, cobra el 6º instalamento que dice entregó a la entidad

“Centro Ipasa S. A.” el 18 de diciembre de 1973, luego “Centro Simón Bolívar”, sin recordar que esta sociedad sólo se constituyó el 26 de diciembre de ese año.

A manera de resumen de los hechos que invoca para sustentar esta causal de revisión, el recurrente afirma “que por medio de maniobras de distinta índole, sistemáticamente dentro del proceso se conculcó el derecho de defensa de mi representada, en lo cual también incurrió el Tribunal en la sentencia atacada, último momento procesal en el que se hubiera podido remediar la evidente situación de inequidad e injusticia proveniente de una de las partes . . . en detrimento de los intereses del Centro Simón Bolívar S. A.”;

b) *Causal 8ª.*

Este motivo de revisión lo hace consistir el revisionista en que la sentencia del Tribunal de Bogotá, que decidió las excepciones propuestas por la ejecutada, es nula por carecer de motivación.

Asevera, a intento de demostrar tal postulado, que en dicha sentencia “no se efectuó el más mínimo estudio que permitiera establecer la situación de la deuda exigible” a cargo de la ejecutada; que no hay en ella “el menor cálculo o razonamiento” que conduzca a advertir la mora de la deudora en el pago de instalamentos e intereses, es decir, añade, que “*el requisito esencial de los procesos ejecutivos, o sea la existencia de deuda exigible a cargo de la demandada, pasmosamente no mereció examen de ninguna clase por parte de los señores Magistrados*”.

Agrega la demanda revisoria que en la sentencia impugnada se omitió aclarar si Centro Simón Bolívar S. A. e Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa, “eran dos sociedades distintas *como lo son*”, y como consecuencia no se advirtió que, de acuerdo con el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, para que exista título ejecutivo “es esencial que (el presentado) provenga del deudor”. Que en este caso el contrato de mutuo, como los recibos de los primeros cinco instalamentos del crédito, “proviene de ‘Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa’, y no del Centro Simón Bolívar S. A., antes Centro Ipasa”; y que tampoco se ocupó el Tribunal, relativamente al 6º instalamento del crédito, considerar algo acerca de que “fue entregado al Centro Ipasa cuando aún no había sido constituido”.

Dice además el aquí recurrente que en su sentencia de excepciones el Tribunal “no hizo aná-

lisis alguno” sobre la consideración, por él alegada en excepciones, de que se hubiera dictado mandamiento de pago contra una sociedad distinta de la que adquirió inicialmente la obligación, “sobre la base, acogida así mismo sin estudio, de que existía un reconocimiento ficto, el cual, por cierta que sea su existencia procesal, jamás podría tener virtualidad de cambiar las personas o de convertirlas en otras diferentes de las que son”. Añade la censura que la sentencia combatida, no hizo mención alguna “acerca de la *anómala fundamentación legal que permitió adelantarse un ejecutivo con acción mixta, con base en una hipoteca constituida por Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa, siendo así que el proceso se instauró contra el Centro Simón Bolívar S. A.*”.

Continuando en el desarrollo de la causal alegada aquí, dice el recurrente que el Tribunal también “ignoró de manera olímpica en la sentencia” lo referente al pago de honorarios al Supervisor de la obra financiada, y que en lugar de “escudriñar si ello constituía o no deuda exigible” a cargo de la demandada, se limitó a afirmar que ahí se encontraban los recibos, los que, en caso de no haber existido la deuda por ese aspecto, “no se han debido firmar”; y que “no se estudió tampoco lo relativo a la liquidación de intereses”, que ha debido efectuarse al 18% y no al 24%, porque eso era lo estipulado contractualmente. Añade la censura que “aunque pueda parecer curioso, también se omitió el traslado para alegar en la segunda instancia . . . y de igual manera se pretermitió el reconocimiento del apoderado sustituto por parte del Tribunal, sin que en la sentencia siquiera se hubieran tocado tan protuberantes errores procedimentales”.

De todo lo cual concluye el recurrente, para concretar el motivo de revisión aquí alegado, que “siendo uno de los requisitos de la sentencia el de que tenga fundamentación en los hechos y probanzas aportados al proceso, en el de la referencia, de forma tal que parece a propósito, se pretermitió este elemento sustancial, deduciéndose de allí una protuberante nulidad originada precisamente en la sentencia que se ataca”.

3. Por cuanto el recurso extraordinario se puso dentro de la oportunidad indicada por el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, y la entidad recurrente constituyó la caución exigida, la Corte, después de haber recibido el expediente, por auto del 26 de febrero último ad-

mitió la demanda y dispuso correrla en traslado a la parte recurrida.

4. Esta, oportunamente la contestó oponiéndose a la pretensión de la recurrente; y en cuanto a los hechos alegados, así los atinentes a la primera como los de la segunda causal, los negó.

5. Después de algunas incidencias relativas a los recursos propuestos contra el auto admisorio, por providencia del 28 de julio pasado el proceso revisorio se recibió a pruebas, período dentro del cual se decretaron las pedidas por ambas partes, algunas de las cuales se practicaron.

Y surtido que fue el término probatorio, por auto del 7 de septiembre último 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 hay reparo qué formular a los presupuestos procesales, ni se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

V

Consideraciones de la Corte

1ª *Por estar íntimamente vinculados con el recurso, en la temática de la revisión tiene que aludirse necesariamente a estos dos elementos estructurales del derecho: la justicia y la seguridad. Precisamente esta especialísima impugnación está regulada, en todos los sistemas positivos, para aquellos supuestos en que la seguridad pueda chocar con la justicia.*

Y parece indiscutible, ciertamente, que en la lucha entre las exigencias de firmeza y de verdad, ésta debe salir victoriosa; la razón natural parece aconsejar que la necesidad de firmeza de los fallos debe ceder, para poder replantear una controversia ya decidida y restablecer el imperio de la justicia, siempre que se esté en presencia de una nueva prueba trascendente o de un nuevo hecho fundamental, desconocidos al emitir la sentencia.

Observa Manuel de la Plaza, en efecto, que el principio de la inmutabilidad de la sentencia se “quiebra algunas veces, bien porque se evidencie en casos extraordinarios, la inconsistencia de los hechos que se tuvieron en cuenta para dictarla, o el fraude para obtenerla. Lo mismo en un supuesto que en otro, —agrega el maestro español— la inmutabilidad, que es nota general ca-

racterística de las sentencias firmes, cede ante un precepto expreso de la ley que, al prever este caso, por excepción, limita acuciosamente su alcance y aun señala un plazo, transcurrido el cual el remedio extraordinario no podrá utilizarse” (Derecho Procesal Civil Español, 3ª edición, 1951, Vol. I, pág. 563).

2ª *En el sistema legal colombiano, la revisión es un recurso eminentemente extraordinario. Y como tal la ley lo reserva para impugnar en él ciertas y determinadas providencias, las sentencias que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada material; sólo se autoriza por los motivos o causales que en forma taxativa ha establecido el legislador al efecto; y, además, los poderes del juez llamado a decidirlo están igualmente limitados.*

En virtud, pues, de su naturaleza restringida o limitada, para la procedencia de la revisión no basta que la sentencia haya sido irregularmente proferida o se pretenda que está mal fundada o motivada; su procedencia se subordina a la expresa invocación de causas precisas señaladas en la ley y no por simple mal juzgamiento. No se acompasa con la naturaleza excepcional del recurso, entonces, la conducta del juez que, so pretexto de velar por la recta aplicación del derecho, rebase los límites objetivos que la ley ha puesto al recurso de revisión; al ampliar de su propia cuenta tales limitaciones, siembra el desconcierto y la inseguridad, y de paso desvirtúa los fines propios de la revisión.

De ahí que, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, “... el recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigados y decididos previamente; o a ofrecer un medio para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir; o para variar la causa petendi, permitiendo la alegación de hechos inicialmente no comprendidos en ella; o a dar una nueva oportunidad de proponer excepciones no alegadas en el lapso debido; o a impedir la ejecución de la sentencia, como viene sucediendo últimamente. Es decir, el recurso de revisión 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” (sentencia de 11 de junio de 1976, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

3ª *Doctrina y jurisprudencia, al unísono, han sostenido que la revisión, a diferencia de los demás recursos, es medio para atacar la sentencia ejecutoriada, pero en principio solamente por vicios trascendentes o externos al proceso en el que se dictó la resolución combatida, y excepcionalmente por los defectos que son inmanentes al proceso o que se encuentren en su interior.*

“Ciertamente, —dijo la Corte en sentencia de 22 de agosto de 1978—, 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” (sentencia no publicada aún en la Gaceta Judicial).

4ª *Evidentemente, dentro de la enumeración que de los motivos de revisión de una sentencia ejecutoriada hace el legislador colombiano, se encuentran, según los numerales 6 y 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la existencia de “maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia”, y nulidad originada en el fallo “que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”, que son exactamente las dos causales invocadas en el presente caso por el revisionista como fundamento jurídico de la pretensión impugnativa deducida por él.*

5ª *Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, fraudulento significa “engañoso, falaz”. Uniendo a este término el de maniobra, puede aceptarse que tal expresión viene a significar todo proyecto o asechianza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin. Y así resulta que el legislador colombiano consagró este motivo de revisión como uno de los medios o maneras de reprimir el fraude procesal, cuando éste es la causa determinante de una sentencia inicua.*

Concretando el alcance de esta causal de revisión, ha dicho la Corte: “El fraude es una maniobra engañosa para causar perjuicios a terceros, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido, como atributo que le pertenece por esencia . . .” (G. J., LV, 533).

6ª *Al contrario de lo que se asevera el revisionista, para la Corte no estructura ningún tipo de maniobra fraudulenta la conducta del Fondo Nacional de Ahorro al iniciar la acción ejecutiva, más concretamente al expresar en la demanda respectiva que de los documentos a ésta anexados surgía a su favor y a cargo de Centro Simón Bolívar S. A., sucesora de Inversiones, Promociones y Administración S. A., Ipasa, en el dominio del inmueble sometido al gravamen hipotecario, una obligación clara, expresa y exigible; que la entidad ejecutada, si bien no había pactado inicialmente el contrato de mutuo sí había adquirido, posteriormente, el deber de pagar; y que como a la postre se había retardado en el pago de los intereses, según los términos del pacto, procedía el cobro total de la obligación.*

Si a la demanda incoativa del proceso de ejecución el demandante acompañó ab initio las escrituras públicas del contrato de mutuo, de constitución de la sociedad “Centro Ipasa S. A.” y la de reforma de los estatutos de ésta, que cambió su razón social por la de “Centro Simón Bolívar S. A.”, a más de otros muchos documentos referentes a la entrega de los diversos instalamentos de la suma mutuada, títulos todos ellos que por tanto fueron conocidos desde entonces por los jueces y por la entidad ejecutada, las aseveraciones contenidas en la demanda ejecutiva no implican de parte del Fondo Nacional de Ahorro el empleo malicioso de ardidés o artificios que hubieran inducido a engaño a los demás sujetos de ese proceso. Por cuanto los asertos del ejecutante, antes de traer ropaje que facilitara la inducción al yerro, venían acompañados de documentos públicos que inicialmente los respaldaban, no puede decirse inequívocamente que su autor estuviera simulando o fingiendo una situación jurídica que no fuera aseguible de descubrir en su verdadero alcance.

Precisamente, por virtud del conocimiento que la ejecutada tuvo de esa situación pintada en la

demanda, al considerarla contraria a la realidad de los hechos, desde el primer momento edificó su réplica y montó toda su defensa sobre la afirmación cardinal de la ausencia de título ejecutivo en su contra. Y así, después de haber impugnado con ese razonamiento el mandamiento de pago librado en su contra, propuso las excepciones con las cuales pretendió demostrar “insuficiencia del título ejecutivo”, cobro antes de tiempo porque “no había llegado el término de la obligación”, inexistencia de deuda por intereses y “carencia de acción ejecutiva” en general; y, además, luego de vencida en el incidente de excepciones, con apoyo en similares razones atacó, ante el juez que la pronunció y a través de nulidad, la sentencia que desechó sus defensas.

7ª La relación de actos procesales, que aun a riesgo de fastidiar pero por estimarla necesaria hizo la Corte en los capítulos iniciales de esta providencia, permite advertir que la cuestión litigada a través de las excepciones en el proceso ejecutivo y posteriormente en el incidente de nulidad de la sentencia que las rechazó, es esencialmente la misma que ahora replantea el recurrente como fundamento fáctico de la primera causal de revisión que invoca. O sea, que lo que ahora se pinta como maniobra fraudulenta fue precisamente lo que constituyó el contradictorio del proceso ejecutivo, consideración que de por sí es bastante para quitarle fundamento al recurso de revisión.

Porque de estas especiales circunstancias viene a resultar, en suma, que la revisión se ha propuesto hoy para atacar la sentencia de excepciones pero no por vicios externos aunque trascendentes a ella, sino por presuntas irregularidades que, de existir, serían inmanentes o internas al proceso mismo en el que se dictó el fallo combatido, cuyo conocimiento, por tanto, se ubica antes de la sentencia y no solamente después de proferida ésta.

8ª Con relación a la causal de nulidad originada en la sentencia, que se alega como motivo de revisión, la Corte tiene que decir que no es cierto que el fallo hoy impugnado carezca de fundamentación, porque en él la Sala falladora, como lo advirtió el Tribunal al decidir el incidente de nulidad propuesto entonces y lo reiteró a través de la providencia que desató la súplica, “los razonamientos expuestos por el juzgador, a más de justificar la sentencia, corresponden al cumplimiento constitucional del artículo 163, desarrollado por el 303 del Código de Procedimien-

to Civil”; y añadió el Tribunal que al decidirse el incidente de excepciones, en la sentencia respectiva, la correspondiente Sala falladora “procedió a relatar los antecedentes, luego el estudio de los presupuestos procesales y en capítulo que enunció como ‘pretensión, excepción y pruebas’, aludió a la pretensión ya enunciada al proferirse el mandamiento de pago”, de todo lo cual dedujo que “la providencia sí fue motivada. Que los fundamentos sean o no acertados es cuestión que escapa al incidente de nulidad en el cual sólo debe indagarse si se motivó o no la sentencia, no en la calidad de los argumentos, su certeza y legalidad”.

Todo lo expuesto y reiterado por el Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la pretensión del impugnante, deja sin fundamento la aserción del revisionista, pues es lo cierto que dicho fallo sí fue motivado.

VI 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 INFUNDADO el recurso de revisión propuesto por la entidad “Centro Simón Bolívar S. A.” contra la sentencia de 18 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ejecutivo que contra la aquí recurrente siguió el Fondo Nacional de Ahorro.

Segundo. CONDÉNASE a la sociedad recurrente en revisión a pagar a la parte recurrida los perjuicios a ésta causados con la proposición del recurso extraordinario, los cuales serán liquidados por el procedimiento indicado por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. CONDÉNASE a la misma recurrente a pagar a la entidad demandada las costas causadas en este proceso revisorio.

Parágrafo. La satisfacción de los perjuicios y las costas a que se refieren los dos ordinales precedentes se hará, preferencialmente, con el valor de la caución prestada, y en ese sentido debe oficiarse a la compañía aseguradora, y

Cuarto. PROCÉDASE por la Secretaría a devolver inmediatamente el expediente a la oficina de origen.

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

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

*Explicación del voto del Magistrado doctor
Humberto Murcia Ballén*

En la ponencia por mí presentada a la Sala, y que en su esencia ésta acogió, para desechar la nulidad de la sentencia alegada como causal de revisión se esgrimían las siguientes tres consideraciones, que merecieron la repulsa de mis colegas y que reemplazaron por la que en el fallo aparece como motivación 8ª, que es repetición de lo que al punto dijo el Tribunal.

8ª A términos del numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, es motivo especial de revisión la existencia de “nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso” (se subraya).

Como ya lo ha dicho la Corte, no se trata en este caso de alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse antes de esta oportunidad, so pena de considerarla saneada, sino de las irregularidades en que, al tiempo de proferir la sentencia no susceptible de recurso, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad.

Si la revisión está consagrada por la ley como una última y extrema posibilidad de corregir los vicios de forma y de fondo que trascienden a una sentencia ejecutoriada, este recurso extraordinario resultará improcedente cuando esa misma ley consagra otra oportunidad para alcanzar la corrección de esos yerros a través de un medio de impugnación ordinaria.

9ª Relativamente a la nulidad originada en la sentencia, es propósito claramente manifestado del legislador colombiano que dicha irregularidad se alegue y se declare, en caso de existir, dentro del mismo proceso en que se dictó tal fallo y a manera de incidente (artículo 154 del Código de Procedimiento Civil); y sólo excep-

cionalmente en otro proceso posterior, mediante el recurso extraordinario de revisión (artículo 380-8 *ibidem*).

Lo cual significa, por respeto al principio de la preclusión que gobierna nuestro sistema procesal, que si dicha causal de nulidad, en los casos en que esto es posible, no se invoca como incidente en el mismo proceso en que se presenta, o se alega si en esa oportunidad y por ese medio pero sin éxito para el incidentante, tal motivo ya no podrá alegarse como recurso de revisión. Por ello el numeral 8 del precitado artículo 380 eleva a la categoría de causal de revisión esa tal irregularidad de la sentencia, pero siempre que el fallo que puso fin al proceso no sea “susceptible de recurso”; esto porque si hay consagrado por la ley un medio de impugnación ordinaria para corregir el vicio, a él debe acudirse primera y preferencialmente.

10. Como se infiere con toda nitidez de la relación de actos atrás hecha, la sociedad “Centro Simón Bolívar S. A.”, luego de proferida la sentencia que en segunda instancia desechó las excepciones por ella propuestas en la ejecución que le siguió el “Fondo Nacional de Ahorro”, incidentalmente pretendió conseguir la invalidación de dicha providencia alegando entonces que ella era nula por falta de motivación o fundamentación, que es, con evidente justedad, la misma situación fáctica que ahora invoca para combatir la misma sentencia a través del recurso de revisión. Tal identidad la reconoce el propio recurrente, pues al efecto en su alegato final presentado en este proceso revisorio le pide a la Corte “... tener como parte integrante (de él) la pertinente del que en su oportunidad presentó para anular la sentencia de segunda instancia”.

O sea, dicho con criterio tautológico, que como el impugnante no alcanzó su aspiración de invalidar esa sentencia a través del incidente de nulidad que tempestivamente propuso al efecto, insiste ahora en conseguir, tomando un nuevo camino cual es la revisión, la anulación que la justicia ya le denegó. Y como semejante propósito no se aviene a la naturaleza ni fines de este recurso extraordinario, la revisión pedida tiene que rechazarse para evitar que ella se convierta en una amenaza de inseguridad que suspenda el fin buscado con el proceso civil: la certeza en la declaración del derecho.

Consideraciones estas que, a más de estimarlas el suscrito claramente jurídicas a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina, no son nuevas ni menos extrañas, pues ya la Corte, en sentencia

de 14 de febrero de 1967, que corre publicada en las páginas 56 y 57 de la *Gaceta Judicial* números 2177 y 2178, había dicho: "Frente a cada nulidad nacen los distintos medios de impugnación: los dirigidos a obtener la invalidez de la actuación propiamente dicha y como consecuencia la de un acto procesal incorporado a ella, como acto jurídico revestido de las formas, pero realizado a través de una apariencia jurídica que perjudica en forma directa a uno de los interesados, ya porque el juez ejerce la jurisdicción sin tenerla legalmente, o porque procede o conoce contra resolución ejecutoriada del superior; o porque se toma mayores facultades de las que en realidad se le han conferido", o por muchas otras causas.

"Dichos medios de impugnación, en nuestro derecho procesal vigente, son: los recursos ordinarios, o sea los de reposición, apelación y súplica y los extraordinarios de casación y revisión; *el incidente de nulidad*; la excepción y el juicio ordinario posterior (artículos 484, 455, 456 y 457 del Código Judicial ...".

Reiterando lo que ya había dicho en su sentencia del 22 de julio de 1938, dijo la Corte en su fallo de casación civil de 27 de agosto de 1963, proferido en el juicio de Marco A. Sierra contra Enrique Zalamea Lleras: "Siendo regla general la de que lo referente a las nulidades se discuta y decida dentro del mismo juicio donde surgieron, *el pronunciamiento que sobre la existencia o inexistencia de una de las causales de nulidad haga el juez en el curso del proceso a través de uno de los medios anteriormente anotados (alude a las vías previstas por los artículos 455, 456 y 520 del Código Judicial), tiene carácter definitivo y obligatorio una vez ejecutoriada la providencia respectiva y, en consecuencia, impide toda nueva discusión en ese particular.* Por tal razón, si en el auto que decide el incidente de nulidad propuesto por una de las partes *se declara que no existe la causal alegada, no puede posteriormente el juez ponerla en conocimiento de las*

partes, ni éstas alegarla como causal de casación, puestó que ya se decidió que no existía".

(Jurisprudencia esta que se reiteró, al amparo del antiguo Código Judicial, en la sentencia de 7 de diciembre de 1965, tomo CXIII, página 224).

Ya al amparo del nuevo Código de Procedimiento, dijo la Corte en sentencia de 31 de enero de 1977, dictada en el proceso revisorio del Hotel Americano, que "por regla general, todo lo concerniente a la materia de las nulidades procesales, es voluntad del legislador que se discuta y decida dentro del proceso en que ellas han ocurrido". Agrega esta sentencia: "Para alcanzar la meta fundamentalmente perseguida, dicho estatuto procesal establece tres medios. Consiste el primero en la facultad conferida al juez para poner en conocimiento de las partes la nulidad advertida, con el objeto de invalidar lo actuado si la causal no es allanada, o declararla de plano si es insaneable (artículo 157). Estriba el segundo en el derecho consagrado para que las partes pidan por vía incidental, 'en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta', la declaración de las nulidades que afectan la actuación (artículo 154). Y radica el tercero en la autorización que se concede a las partes para alegar las nulidades generales como causal de casación, siempre que no hayan sido saneadas" (sentencia no publicada aún).

Y allí se infirió que excepcionalmente la ley autoriza que las causales de nulidad se aleguen en proceso distinto, por medio del recurso de revisión, o como excepción en el proceso seguido para ejecutar el fallo.

Por lo consiguiente, a las expuestas en el fallo agregó yo ahora las anteriores consideraciones como explicación de mi voto.

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

ERROR DE HECHO

Para la prosperidad del recurso extraordinario menester es que el error sea evidente.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Bogotá, D. E., 29 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: . . .

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 26 de marzo de 1981, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Almacénar S. A. contra Mejía y Compañía S. en C. y otro.

El litigio

1. En demanda ordinaria del 29 de marzo de 1979, Almacénar S. A. trajo a juicio a Mejía y Compañía S. en C., y a Gabriel Mejía González ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, con el fin de obtener en síntesis las siguientes declaraciones y condenas:

Que los demandados son solidariamente responsables para con la demandante por una suma de dinero, en cuantía de \$ 1.015.800.00, más sus intereses de mora comerciales computados desde el 15 de febrero de 1979 hasta el día en que el pago se verifique; suma que la demandante tuvo que cancelar a Fernando de Bedout y/o Alimentos Concentrados del Tolima Limitada, Pico de Oro Limitada, por concepto de 169.300 kilogramos de sorgo que la demandante entregó, con perjuicio para ella, a los demandados, quienes le han incumplido las obligaciones que asumieron en carta 095 del 11 de abril de 1978. Y que en consecuencia los demandados deben ser condenados a restituir dicha suma con sus intereses moratorios y las costas procesales.

2. Para pedir así, la demandante refirió los hechos que se resumen a continuación:

a) De Bedout y/o Alimentos Concentrados del Tolima Limitada, Pico de Oro Limitada, entregaron en depósito a Almacénar en Buenaventura, 4.500 toneladas de sorgo importado y, por télex del 2 de diciembre de 1977, los deposi-

tantes comunicaron a la Sucursal de Almacénar en Cali, que debía entregar a Mejía y Compañía S. en C. la cantidad de 1.500 toneladas, de las cuales efectivamente para el 31 de marzo de 1978 ya había entregado a esta sociedad 1.330.700 kilogramos, día en que recibieron orden escrita de los depositantes en el sentido de revocar la anterior autorización;

b) Al conocer Gabriel Mejía esa comunicación, intervino personalmente ante el Vicepresidente de Almacénar para que se desatendiera la contraorden de los depositantes y dicho funcionario le manifestó que le haría entrega del sorgo si los demandados asumían cualquier responsabilidad que pudiera derivarse contra la demandante por proceder así, tal como en efecto lo hicieron constar en carta 095 del 11 de abril de 1978, que en lo pertinente dice: "... basados en el télex del señor Fernando de Bedout número 55856 *eximimos* a Almacénar de cualquier reclamo que el señor Fernando de Bedout haga contra Almacénar" (subraya la demandante);

c) Autorizada así y efectuada la entrega del sorgo a los demandados, De Bedout y Alimentos Concentrados del Tolima Limitada reclamaron insistentemente a Almacénar el reintegro de dichos 169.300 kilogramos de sorgo, por haber contrariado las instrucciones o revocatoria que al efecto le habían dado a Almacénar en carta del 30 de marzo de 1978, y no obstante que se efectuaron varias reuniones entre las partes, los demandados se negaron a cumplir lo que prometieron en su citada carta del 11 de abril del mismo año;

d) Ante esta renuencia y "con el fin de evitar cualquier acción judicial en su contra promovida por el depositante del sorgo", Almacénar acordó con él transigir el valor de los 169.300 kilogramos y para tal fin "celebró un contrato en virtud del cual Almacénar se comprometió a pagar a la sociedad Alimentos Concentrados del Toli-

ma Limitada, Pico de Oro Limitada, el día 15 de febrero de 1979, la cantidad de \$ 1.015.800.00, que ya fue cancelada en su totalidad”, pero los demandados no han querido cumplir con sus obligaciones y reembolsar dicha suma, aduciendo que la primitiva orden de traslado de depósito a su favor del 2 de diciembre de 1977, proveniente de los depositantes originales, tiene carácter irrevocable, con olvido de que la irrevocabilidad no puede presumirse al tenor del artículo 1279 del Código de Comercio.

3. Se entabló el pleito con oposición de los demandados, quienes principalmente alegaron que las 1.500 toneladas de sorgo eran de su exclusiva propiedad y que, para su importación, De Bedout había actuado como un simple mandatario o dependiente de Mejía y Compañía S. en C. Y también adujeron que la transacción era un negocio en el cual no había sido parte y por tanto no podía vincularlos ni afectarlos, por todo lo cual propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación contractual o extracontractual.

4. Se impulsó el proceso con aducción de pruebas y alegatos de las partes y la primera instancia terminó con fallo del 30 de septiembre de 1980 que acogió las excepciones de los demandados y los absolvió de las súplicas de la demanda y que, apelado por la demandante, fue totalmente confirmado por el Tribunal de Bogotá el 26 de marzo de 1981, decisión contra la cual la misma demandante interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

Las motivaciones de la sentencia impugnada

1. Después de recontar el litigio y sus antecedentes y de no encontrar reparo a los presupuestos procesales pasa a referir que, por el aspecto probatorio, está claramente demostrado que De Bedout envió el 2 de diciembre de 1977 al representante del transportador marítimo del sorgo en vía de importación un télex manifestándole que todo ese sorgo “que haya llegado ensacado en camiones desde Buenaventura a Cali, con destino a Almacénar, Cali, a nombre de Fernando de Bedout y/o Pico de Oro Limitada, pueda usted ponerla a nombre del señor Gabriel Mejía y Compañía S. en C., hasta la cantidad de 1.500 T/M de sorgo”, télex adicionado en el sentido de que “las cantidades de sorgo que deben ser entregadas a Almacénar Cali, enviadas por Almacénar Buenaventura . . . A: Gabriel Mejía y Compañía 1.500 T/M; B: Agroindustrial el

Puerto 1.000 T/M; C: Pico de Oro Limitada 2.000 T/M”.

Así mismo consta que en carta del 30 de marzo de 1978 De Bedout le manifiesta a Almacénar Bogotá, que no autoriza hacer traslado alguno de sorgo a Mejía y Compañía, pero que textualmente agrega:

“2. La única compañía que registra sorgo faltante de acuerdo con el certificado de Puertos de Colombia es la firma Gabriel Mejía y Compañía, quienes oportunamente solicitaron una garantía de una compañía de seguros que ampara ampliamente el faltante correspondiente.

“3. Me permito recordarle que actualmente existen certificados en las tarjetas de Almacénar de las bodegas de Cali, e informes escritos enviados a nosotros, donde dice que el saldo aproximado de Pico de Oro es de un mil doscientos ochenta y cinco (1.285) toneladas métricas, por lo tanto es necesario respetar dichos certificados.

“4. Me permito aclararle que una pérdida tan cuantiosa me implicaría una situación financiera delicada y que usted comprende, de entregar Almacénar el sorgo solicitado por el señor Mejía, correría con todas las consecuencias.

“5. Creo que la mejor vía de arreglo y solución a las distintas dificultades que se nos han presentado es la de una reunión con don Gabriel Mejía en Almacénar, pues estoy seguro que aclarándole personalmente la situación él lo entenderá.

“Es de mi interés como siempre lo he expresado que se aclare toda la situación de la importación del sorgo, el cual por razones ajenas a mi voluntad ha tenido dificultad para su liquidación, ya que como es el caso Puertos de Colombia nos puede entregar una cuenta dos años después de efectuado el desembarque, la cuenta de cobro por las demoras en que incurrimos en Buenos Aires/Buenaventura, aún no han sido formuladas por los navieros oficialmente, existen aún cuentas presentes menores de empaques, etc., por lo tanto sería muy prudente que usted le informara al señor Mejía que estos negocios de Comercio Exterior son de una liquidación más lenta.

“Aprovecho la oportunidad para recordarle que de existir pérdidas en el transporte Buenaventura/Cali, hay una póliza de seguros que me ampara como primer beneficiario y en el cual incluí a la firma Almacénar a fin de buscar siempre una cooperación con ustedes; de esta misma

manera me permito sugerirle que el responsable directo que debe asumir la pérdida de la falta de entrega del sorgo es la compañía aseguradora, en este caso, Compañía Mundial de Seguros S. A., quienes en ningún momento se han mostrado renuentes al pago y al contrario han estado en espera de que se formule la reclamación correctamente sustentada”.

Y que también está demostrado que los demandados, por carta 095 del 11 de abril del mismo año, reiteraron su petición de que les fuera entregado el saldo del sorgo depositado, en cuantía de 169.300 kilogramos, agregando que “basados en el télex del señor Fernando de Bedout número 55686, eximimos a Almacénar de cualquier reclamo que el señor Fernando de Bedout, haga contra Almacénar”.

2. Añade que, como consecuencia de esta carta, Almacénar entregó el sorgo a los demandados y que “este fue el cumplimiento lógico de una orden irrevocable que había recibido Almacénar” para entregar dicha mercancía.

Pero que ante esta situación Guillermo Tamayo Castro, representante legal de Alimentos Concentrados del Tolima Limitada y Pico de Oro Limitada, efectuó una transacción con Almacénar el 18 de diciembre de 1978, en virtud de la cual esta compañía pagó el 15 de febrero de 1979 a aquéllas la cantidad de \$ 1.015.800.00, correspondiente a los 169.300 kilogramos de sorgo que había procedido a entregar Mejía y Compañía después del 30 de marzo del año anterior, a razón de \$ 6.00 cada uno, habiéndose mencionado al final del documento de transacción que Almacénar quedaba con derecho a repetir lo pagado contra los demandados.

3. Expone que esa transacción no puede ser fuente de obligaciones a cargo de Mejía y Compañía S. en C. ni de Gabriel Mejía, porque de acuerdo con los documentos anteriores los demandados únicamente recibieron el saldo faltante para completar la cantidad de las 1.500 toneladas de sorgo que tenían a su favor, y que si se hubieran presentado pérdidas en dicho grano, Almacénar sería el responsable de ellas en especie o en dinero, pero como entregó la mercancía faltante, se extinguió por pago su obligación con Mejía y Compañía.

Y cosa distinta es que, ante la pérdida parcial de la mercancía “las partes de la transacción anterior puedan dirigirse a la Compañía Mundial de Seguros S. A. dentro de la oportunidad legal correspondiente para que formule la recla-

mación del pago correctamente sustentada, como dice el señor Fernando de Bedout en su carta dirigida a Almacénar el 30 de marzo de 1978”.

4. Encuentra demostrado que De Bedout era un representante, asistente, comisionista o comisionado por varias entidades, entre las cuales figuraba Mejía y Compañía S. en C., para importar una considerable cantidad de sorgo, a quienes les vendió la mercancía en Argentina y se encargó de que fuera transportada a Colombia, razón por la cual Almacénar no podía obrar en forma distinta de entregar el sorgo, en la medida correspondiente, a sus propietarios, especialmente a los demandados, quienes además probaron haber pagado los transportes marítimos y terrestres, los impuestos de aduana, los derechos de depósito en Almacénar y la carta de crédito que expidió el Banco de Colombia para el pago del precio de la importación del citado sorgo, siendo de anotar que dicha mercancía respaldó inicialmente las deudas contraídas por los demandados con Almacénar y con el Banco de Colombia, pero luego fue paulatinamente liberada hasta la total cancelación de dichas obligaciones, como lo demuestran cheques y correspondencia que, en copia, obran en el expediente.

4. Y concluye que, en esa forma, quedaron extinguidas por cabal cumplimiento las relaciones contractuales entre la demandante y los demandados “y por consiguiente, no podía realmente crearse otra obligación a su favor —de la demandante, se nota— y a cargo de la misma entidad demandada mediante una curiosa transacción realizada por el asistente (sic) y la Compañía de Depósito Almacénar”.

La demanda de casación

Trae un solo cargo, enmarcado en la primera causal, en donde por vía indirecta y a consecuencia de manifiestos errores de hecho, acusa violación de los artículos 1602, 1603, 1604, 1606, 1613, 1614, 1618, 1620, 1621, 2206, 2208, 2236, 2237, 2251, 2252, 2253 y 2257 del Código Civil; 822, 883, 1171, 1180 y 1181 del Código de Comercio; 20 del Decreto 1821 de 1929, y 8 del Decreto 356 de 1957, todos por falta de aplicación.

La censura se desenvuelve así:

Para el pronunciamiento del fallo absolutorio proferido por el Tribunal, se tuvieron en cuenta las siguientes bases:

a) En télex enviado por De Bedout a Córdoba el 2 de diciembre de 1977 se dijo que este último

debe entregar en los depósitos de Almacén-Cali a Gabriel Mejía y Compañía, 1.500 toneladas de sorgo que han sido remitidas por Almacén-Buenaventura a nombre de De Bedout y/o Pico de Oro Limitada;

b) En carta de 30 de marzo de 1978 dirigida por De Bedout al Gerente de Almacén en Bogotá, le manifestó que no lo autorizaba para hacer ningún traslado de sorgo a favor de Gabriel Mejía y Compañía, y en esa misma comunicación De Bedout expresaba que la única compañía que registraba sorgo faltante, de acuerdo con certificado de Puertos de Colombia, era Gabriel Mejía y Compañía, la cual había solicitado oportunamente garantía de una compañía de seguros que amparara dicho faltante, y advierte que existe una póliza que ampara a De Bedout como primer beneficiario y en la cual se incluyó a Almacén, con el fin de buscar una cooperación, de donde concluye que quien debe asumir directamente la pérdida es la Compañía Mundial de Seguros S. A., que en ningún momento se ha mostrado renuente al pago, sino que está en espera de que se le formule la reclamación respectiva. En tales circunstancias dijo el sentenciador: "no hay duda de que en primer lugar Almacén debe entregar el saldo del sorgo faltante a Gabriel Mejía y Compañía, pero si esto no es posible, lógicamente que responderá en subsidio la compañía aseguradora antes referida";

c) En carta del 11 de abril de 1978, recibida por Almacén el día siguiente, el gerente de Mejía y Compañía S. en C., reitera su petición de que se le entregue el sorgo faltante y manifiesta, con fundamento en el télex 55686 de De Bedout, que exime a Almacén de cualquier reclamo que el mismo De Bedout pueda hacer. Dice el Tribunal que: "en esta forma Almacén entregó a Gabriel Mejía y Compañía 169.300 kilos de sorgo faltante, quedando cumplida en su totalidad la orden dada mediante télex por Fernando de Bedout Fajardo a Almacén, cumplimiento lógico de una orden irrevocable que había recibido Almacén para entregar 1.500 toneladas de sorgo a Gabriel Mejía y Compañía";

d) Ante esta situación, el gerente de Concentrados del Tolima Limitada, de Pico de Oro Limitada, de las cuales es socio Fernando de Bedout, efectuó una transacción con el gerente de Almacén en virtud de la cual "la compañía de depósito pagó la suma de \$ 1.015.800.00 moneda corriente a Pico de Oro Limitada, correspondiente al valor de 169.300 kilos de sorgo que

se habían entregado a Gabriel Mejía y Compañía S. en C., quedando la compañía de depósito con el derecho de repetir lo pagado contra la sociedad Gabriel Mejía y Compañía S. en C.; "que esta transacción no podía ser fuente de obligaciones para la sociedad mencionada, 'porque de acuerdo con los documentos analizados antes, esta última entidad no había recibido el saldo faltante del sorgo que se había importado de la Argentina por la cantidad de 1.500 toneladas a su favor'; que sí hubo pérdida de parte del sorgo perteneciente a Mejía y Compañía, Almacén y Fernando de Bedout tenían que responder de ella en especie o en dinero, 'pero como Almacén entregó la mercancía faltante, luego se ha extinguido la obligación entre las partes por cumplimiento de lo pactado'; que otra cosa es que ante la pérdida parcial de las mercancías, las partes de la transacción puedan dirigirse a la Compañía Mundial de Seguros S. A. para formular en debida forma la correspondiente reclamación";

e) En el interrogatorio absuelto por el gerente de la sociedad demandada, éste afirma que De Bedout fue comisionado por su compañía y por otros para que hiciera el depósito de la mercancía a nombre de todas esas sociedades y especialmente de la demandada, porque consta que a ésta se le exigió llenar todos los documentos pedidos por Almacén y el Banco de Colombia, con el fin de financiar las cartas de crédito para pagar el precio de cada una de las toneladas de sorgo, y que cuando el absolvente consignó en su carta que eximía a Almacén de cualquier reclamo lo hizo dando a entender que la liberaba de cualquier reclamo del sorgo que era de su propiedad, reiterando que la mercancía era de él y que De Bedout era un mensajero o asistente o comisionado, y que las cartas de crédito y el embarque marítimo se hicieron a la orden de Gabriel Mejía y Compañía. De todo lo cual deduce el Tribunal que "se comprueba realmente con la carta del 3 de agosto de 1977 firmada por Fernando de Bedout, quien en dicho documento firma como asistente para la importación del doctor Gabriel Mejía y Compañía S. en C., que es evidente que si el señor Fernando de Bedout era asistente para la importación del sorgo a favor de Gabriel Mejía y Compañía S. en C., lógicamente que no era propietario de tal mercancía y no podía prohibir a Almacén la entrega de lo que no era de él"; que por eso fue que Almacén tuvo que entregar el sorgo faltante a la demandada, quien era su verdadera dueña;

f) La manifestación del gerente de Almacén en la diligencia de interrogatorio en el sentido de que De Bedout vendió a Mejía 1.500 toneladas de sorgo puestas en puerto argentino, comprometiéndose el vendedor a tramitar su transporte y descargar hasta que el grano llegara a los silos de Almacén, para lo cual se le dieron amplios poderes, confirma que De Bedout era un simple asistente de las entidades importadoras, a quienes vendió el sorgo puesto en Argentina y después les cumplió la comisión de transportarlo hasta Almacén en Colombia; y en tales condiciones Almacén no tenía que hacer cosas distintas sino entregar la mercancía a sus dueños en la cantidad determinada por el comisionista del transporte del grano, que era De Bedout;

g) Constituye grave indicio en contra de la llamada transacción de hecho de que De Bedout no hubiera comparecido para ser interrogado judicialmente, no obstante haberse citado no menos de seis veces, puesto que "si fue cierta la transacción realizada y si verdaderamente se ha hecho el pago de la suma estipulada en ella, ¿por qué tanto miedo para explicar el porqué y todas las circunstancias de dicha transacción?";

h) De acuerdo con la prueba documental aportada por la demandada, no hay duda de que las 1.500 toneladas de sorgo eran de su propiedad y que dicha sociedad pagó los transportes marítimos y terrestres, los impuestos de aduana, los derechos de depósito a Almacén y la carta del Banco de Colombia, entidades estas dos últimas que eran las que podían retener la mercancía en caso de falta de pago, de manera que al entregarle a Mejía el saldo pendiente, quedó extinguida la obligación entre las partes y la obligación de De Bedout como asistente de la misma; y que por consiguiente, "no podía realmente crearse otra obligación a su favor y a cargo de la misma entidad demandada mediante una curiosa transacción realizada por el asistente y la Compañía de Depósitos Almacén";

i) En consecuencia, debe prosperar la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada y negarse las súplicas del demandante.

2. Pasa el censor a examinar la pretensión de Almacén, encaminada a obtener que la sociedad demandada le reembolse la suma que tuvo que pagarle a Fernando de Bedout en virtud de la transacción a que se ha hecho referencia, la que tiene como fundamento inmediato el acuerdo de voluntades realizado entre Almacén y Mejía y Compañía, de que da cuenta la carta del

11 de abril de 1978 suscrita por el gerente de esta última sociedad, según la cual Almacén accedería a entregarle el saldo de 169.300 kilos de sorgo, desconociendo la orden de no entrega impartida por Fernando de Bedout, depositante del grano a su nombre, si Mejía se hacía responsable de cualquier reclamo que pudiera formular aquél.

Pero el Tribunal consideró, equivocadamente, que el depósito del sorgo lo hizo De Bedout como comisionado o asistente de Mejía y Compañía y a nombre de dicha sociedad, en su condición de propietaria de las 1.500 toneladas de sorgo; que la orden de De Bedout a Almacén en télex del 2 de diciembre de 1977 para que entregara 1.500 toneladas a Mejía era irrevocable, puesto que si De Bedout no era el propietario de tal mercancía "no podía prohibir a Almacén la entrega de lo que no era de él"; que "por eso fue que Almacén tuvo que entregar el sorgo faltante a Gabriel Mejía y Compañía S. en C., quien era su verdadero dueño"; y que al entregar aquélla el sorgo pendiente, quedó extinguida la obligación entre las partes, así como la que tenía De Bedout como asistente de la sociedad demandada.

Si la orden de entrega impartida por De Bedout era irrevocable y si, por lo mismo, Almacén no incumplió obligación alguna como depositaria del grano frente a De Bedout al entregarle a Mejía los 169.300 kilos, ninguna responsabilidad podía caberle al depositario por ese hecho y por tanto, ni Almacén ni Mejía tendrían que responder de reclamo alguno de De Bedout por ese motivo, lo que no se ajusta a la realidad del proceso, pues el sentenciador incurrió en múltiples yerros fácticos al apreciar los medios de prueba a que alude en la parte motiva de su fallo.

3. Es de importancia especial demostrar la grave equivocación del sentenciador al afirmar que el depósito del sorgo en Almacén lo hizo De Bedout a nombre de Mejía y no a su propio nombre, pues si bien es cierto que el sentenciador no hace esta aseveración en forma categórica, existen apartes de su fallo que no dejan duda acerca de que esta fue la conclusión a que llegó en el punto; tales como las referencias al interrogatorio absuelto por el gerente de la sociedad demandada en ese mismo sentido y que da por comprobadas con la carta del 3 de agosto de 1977 firmada por De Bedout como asistente para la importación de Gabriel Mejía y Compañía S. en C., a lo cual añade el hecho de que esta sociedad pagó los fletes, los impuestos, los derechos

de depósito, y la carta de crédito concernientes a tal importación.

El error de hecho es manifiesto en este particular, pues, en primer término, en la carta del 3 de agosto de 1977, dirigida por De Bedout como "Asistente para la importación del doctor Gabriel Mejía S. en C." y por Gabriel Mejía al Banco de Colombia, sólo se solicita una carta de crédito para dicha sociedad y se dice que se acompañan unas facturas comerciales y unos conocimientos de embarque "limpios a bordo", considerados a la orden de Gabriel Mejía y Compañía S. en C., pero no se habla ni remotamente de las 1.500 toneladas de sorgo, ni menos aún que De Bedout las hubiera consignado en Almacén a nombre de esa sociedad.

Además, no existe en el proceso documento que demuestre que Mejía pagó a Almacén los derechos de depósito de las 1.500 toneladas de sorgo. El error de hecho, por suposición de prueba, es manifiesto. Y aun en el caso de que existiera tal comprobante, el pago de los derechos de depósito por parte de Mejía no demostraría que aquél se hizo a su nombre, razón por la cual habría incurrido en error de hecho por alteración de ese medio de prueba.

Por ende, el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas que demuestran sin duda alguna que cuando De Bedout ordenó a Almacén el 30 de marzo de 1978 que no entregara a Mejía el saldo del sorgo, los 169.300 kilos que se entregaron a Mejía quince días después, el 14 de abril de ese año, se hallaban depositados a nombre de Concentrados Tolima Limitada y no de Mejía S. A., como puede demostrarse.

En efecto: cuando De Bedout ordenó a Almacén por medio de télex del 2 de diciembre de 1977 que le entregaran a Mejía hasta 1.500 toneladas de sorgo, esa cantidad formaba parte de otra mayor que se hallaba depositada en Almacén a nombre de Fernando de Bedout y/o Concentrados del Tolima Limitada, Pico de Oro Limitada. Así aparece claramente del mismo télex en cuestión, en el cual se ordena la entrega a Mejía del sorgo llegado con destino Almacén-Cali "a nombre de Fernando De Bedout y/o Pico de Oro Limitada" hasta 1.500 toneladas, del comprobante de bodega de la misma fecha, del télex de 2 de diciembre de 1977, mediante el cual se adjudicaron al depósito 323, de Mejía y Compañía, 1.500 toneladas de sorgo, con la anotación muy importante de que "esta mercancía viene del depósito número 325 OP de Con-

centrados del Tolima Limitada, Pico de Oro"; y de las cartas del 22 de marzo y 11 de abril de 1978 dirigidas por Mejía a Almacén, en las cuales alude al télex en cuestión, sin formular el menor reparo en cuanto a la afirmación que en él se hace de que el sorgo se halla a nombre de Fernando de Bedout y/o Pico de Oro Limitada, lo que implica una aceptación tácita de la misma.

Agrega el recurrente que, aun cuando en el comprobante de bodega del 2 de diciembre de 1977 aparece que se adjudicaron al depósito 323 de Mejía y Compañía 1.500 toneladas de sorgo, realmente no fue así, como lo pone de presente el hecho de que en las cartas del 22 de marzo y el 11 de abril de 1978, Mejía reclame a Almacén la entrega de un saldo que, según se expresa en la última, es de 169.300 kilos, y como lo demuestran fehacientemente tanto el comprobante de bodega del 14 de abril de 1978, según el cual se adjudicaron al depósito 323 de Mejía y Compañía 169.300 kilos de sorgo con la advertencia de que la mercancía "viene del depósito 325 OP (del mismo cliente) Concentrados del Tolima", como el comprobante de entrega de esa misma fecha que también obra en el expediente.

De manera que si los 169.300 kilos de sorgo que se entregaron a Mejía el 14 de abril de 1978 para completar las 1.500 toneladas a que se refiere el télex del 2 de diciembre de 1977 se tomaron del sorgo amparado con el depósito 325 de Fernando de Bedout y/o Alimentos Concentrados del Tolima Limitada, Pico de Oro Limitada, ello significa que dicho sorgo estuvo depositado a nombre de De Bedout hasta la fecha de la entrega y, con mayor razón, que lo estaba para el 30 de marzo de 1978, o sea cuando aquél ordenó a Almacén no entregar a Mejía el saldo del grano.

El Tribunal pasó por alto los documentos respectivos, pues de haberlos visto habría llegado a la conclusión de que dicho saldo de sorgo se encontraba depositado a nombre de De Bedout y no de Mejía, error de hecho que lo llevó a incurrir en otro de igual índole al sostener que la orden de entrega de las 1.500 toneladas era irrevocable.

En efecto: a términos del artículo 2240 del Código Civil el contrato de depósito tiene tres rasgos característicos:

- a) Entrega de un bien mueble;
- b) Obligación principal de guarda del mismo, y

c) Obligación de restituir, respecto de la cual es manifiesta la voluntad del legislador de que la restitución se lleve a cabo cuando el depositario lo solicite, tal cual lo reitera el artículo 2251 *ibídem* y lo corrobora el 2252 de la misma obra, que establece que “la obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida”. Preceptos en forma similar están consignados en el artículo 1174 del Código de Comercio cuando prescribe que “la cosa dada en depósito deberá ser restituida al depositante cuando la reclame, a no ser que se hubiere fijado plazo en interés del depositario”.

Hace notar que el artículo 2257 del Código Civil consagra la aplicación al depósito de los artículos 2205 a 2210 *ibídem*, que regulan las obligaciones del comodatario de restituir al comodante, de donde se sigue que el depositante, tenga o no la calidad de dueño de los bienes depositados, es la única persona que tiene derecho para exigir del depositario, en cualquier momento, la entrega de todo o parte de los bienes, que el depositario no puede negarse a restituirlos alegando que la cosa depositada pertenece a otra persona; y que el dueño de la misma no puede pedir su restitución sin el consentimiento del depositante. Por consiguiente, si el depositante dio orden al depositario para entregar la cosa a otra persona, así sea el dueño, puede revocar esa orden siempre y cuando no se haya cumplido aún y el depositario está en el deber de acatarlo, conclusión que corrobora con citas de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile y de tratadistas de esa Nación.

4. De esta suerte, no habiendo entregado Almacénar a Mejía y Compañía las 1.500 toneladas de sorgo que se hallaban depositadas a nombre de De Bedout y sobre las cuales éste había dado orden de entrega en télex del 2 de diciembre, y hallándose aún depositado un saldo de 169.300 kilos para el 30 de marzo de 1978, podía válidamente De Bedout revocar esa orden y Almacénar estaba en la obligación de abstenerse de llevar a cabo la entrega del saldo, so pena de hacerse responsable ante el depositante si contrariaba esa última orden.

“Luego al no ser irrevocable la orden en cuestión, el Tribunal incurrió en grave equivocación al darle esa calidad”.

Y “siendo Almacénar legalmente responsable del incumplimiento de la obligación de restituir a De Bedout 169.300 kilos de sorgo que entregó a Mejía, contrariando esa orden expresa del de-

positante, y ante la inminencia de que éste promoviera contra el depositario las acciones pertinentes para la efectividad de su derecho, *celebró el contrato de transacción* de que da cuenta el documento del 18 de diciembre de 1978, visible al folio 8 del cuaderno 1. En dicho documento, suscrito por los representantes de Almacénar y de ‘Alimentos Concentrados del Tolima Limitada, Pico de Oro Limitada’, se expresa que habiendo sido revocada parcialmente por De Bedout la autorización a Almacénar para entregar a Gabriel Mejía y Compañía S. en C. 1.500 toneladas de sorgo, en cuanto al saldo de 169.300 kilos, no obstante lo cual Almacénar lo entregó a dicha sociedad, y ante el reclamo de De Bedout y/o Pico de Oro Limitada, para el pago tanto del sorgo como de los perjuicios que se le causaron, han convenido las partes en ‘celebrar la presente transacción con el fin de precaver cualquier litigio eventual’ y dar solución definitiva al diferendo entre ellos surgido. En tal virtud, Almacénar se obligó a pagar a Pico de Oro Limitada el 15 de febrero de 1979, como en efecto pagó, la cantidad de \$ 1.015.800.00, que corresponden al valor de 169.300 kilos de sorgo a razón de \$ 6.00 el kilo, quedando con derecho a repetir de Gabriel Mejía y Compañía la suma pagada a Pico de Oro Limitada”.

Agrega el censor que no puede ponerse en duda la realidad de esta transacción, como en forma tendenciosa lo insinúa el Tribunal cuando refiriéndose al hecho de no haber comparecido De Bedout a testimoniar, no obstante las varias citaciones que se le hicieron, dijo que, si fue cierta la transacción realizada y si verdaderamente se ha hecho el pago de la suma estipulada en ella, “¿por qué tanto miedo para explicar el porqué y todas las circunstancias de dicha transacción?”. E igual sucede cuando remata la parte motiva del fallo expresando que si se había extinguido la obligación de De Bedout, como asistente de la sociedad demandada, no podía realmente crearse otra obligación a su favor y a cargo de la misma entidad demandada, “mediante una curiosa transacción realizada por el asistente y la Compañía de Depósito Almacénar”. Agrega el censor que a nombre de su representante rechaza enfáticamente tales conceptos.

Y al decir el sentenciador que esta transacción no podía ser fuente de obligación contra Mejía, incurrió en yerro fáctico evidente por cuanto vio en la autorización de entrega de las 1.500 toneladas de sorgo contenida en télex del 2 de diciembre de 1977 una orden irrevocable, que en realidad no lo era, y al no pecar que la orden de

no entregar el saldo que faltaba para completar esa cantidad, orden impartida en marzo de 1978, podía darla De Bedout con pleno derecho, pues dicho saldo provenía de un depósito que se encontraba a su nombre. Otro tanto ocurre con la afirmación de que ante la pérdida faltante del sorgo las partes pueden dirigirse a la compañía aseguradora, pues en este proceso no se ha planteado ni discutido en modo alguno lo referente a pérdida parcial de mercancía, sino a la entrega de 169.300 kilos de sorgo por parte de Almacenaar contra la voluntad del depositante del mismo, y además en el proceso no existe elemento probatorio alguno que sustente tal afirmación.

5. En nuevo yerro fáctico cayó el sentenciador cuando expresa que no hay duda de que, en primer lugar, Almacenaar debe entregar el saldo del sorgo a Mejía, pero si esto no es posible, lógicamente que responderá en subsidio la compañía aseguradora, pues confunde la orden de no entrega del saldo del sorgo que faltaba para completar las 1.500 toneladas con la pérdida del sorgo ocurrida con ocasión de su transporte, que es de la que responde la compañía de seguros. En efecto: en cuanto a lo primero, De Bedout en su carta de marzo dice que no autoriza ningún traslado de sorgo a favor de Gabriel Mejía, y en cuanto al segundo, recuerda que de existir pérdidas en el transporte Buenaventura-Cali, hay una póliza de seguros que ampara tal riesgo. Luego el Tribunal se equivocó al decir, que si Almacenaar estaba en imposibilidad de entregar a Mejía el saldo del sorgo faltante, sería responsable en subsidio la compañía aseguradora.

Y también incurrió en otros manifiestos errores de hecho al afirmar que, no siendo De Bedout el propietario del sorgo importado, no podía prohibir a Almacenaar la entrega de lo que no era de él, que Almacenaar no podía hacer cosa distinta sino entregar la mercancía a sus dueños y al agregar que no hay duda de que las 1.500 toneladas de sorgo eran de la entidad demandada, pues ésta no pagó los fletes, los impuestos, los derechos de depósito y la carta de crédito para efectuar la importación, pues en la carta del 3 de agosto de 1977 no hay prueba alguna de que las 1.500 toneladas de sorgo fueran de propiedad de Mejía y Compañía y tampoco hay prueba de que esta sociedad hubiera pagado los derechos de depósito en Almacenaar. Y en el supuesto de que Mejía fuera el propietario de los 169.300 kilos de sorgo, carecía de derechos para solicitar su entrega sin el consentimiento del depositante, tal como lo establece el artículo 2208

del Código Civil en armonía con el 2257 de la misma obra.

E igualmente erró el Tribunal al tener como "grave indicio en contra de la llamada transacción" el hecho de que De Bedout no hubiera comparecido a rendir el testimonio que le fue pedido, no obstante habersele citado por seis veces, pues en realidad tanto la transacción como el pago hecho a Almacenaar están plenamente demostrados y no pueden ser desvirtuados por el sólo hecho de que solamente uno de los firmantes del documento no hubiera comparecido a rendir testimonio, circunstancia para la cual la ley establece sanciones, sin que la no comparecencia del testigo produzca efectos jurídicos adversos a la parte que solicitó la declaración. Por consiguiente, mal puede constituir indicio en contra de ese convenio, y mucho menos indicio grave la no comparecencia de De Bedout, quien además espontáneamente se excusó en dos ocasiones de asistir a la audiencia en la fecha y hora que se había señalado.

Y finalmente, en cuanto al compromiso celebrado entre Almacenaar y Mejía a efecto de que aquél le entregara los 169.300 kilos de sorgo, vale notar que tuvo origen en la reiterada exigencia de Mejía para que Almacenaar le completara las 1.500 toneladas de sorgo a que se refiere el télex del 2 de diciembre de 1977. "En efecto: como Almacenaar no podía ignorar la responsabilidad que como depositario del sorgo asumía ante De Bedout, depositante del mismo, si contrariando la orden de no entrega impartida por éste en la carta del 30 de marzo de 1978, la llevaba a cabo, como medida de precaución le manifestó a Mejía que le entregaría el saldo del sorgo si se responsabilizaba de cualquier reclamo que De Bedout pudiera formularle por ese hecho. Mejía aceptó la exigencia de Almacenaar, y de ahí que la carta que le dirigió el 11 de abril de 1978, luego de reiterar la solicitud de entrega del saldo que había formulado en la del 22 de marzo anterior, expresa textualmente: 'que basados en el télex del señor Fernando de Bedout número 55686 (el de 2 de diciembre de 1977) eximimos a Almacenaar de cualquier reclamo que el señor De Bedout haga contra Almacenaar. Esperamos en esta forma que ustedes no den la orden definitiva para retirar el sorgo pendiente'. Aunque los términos empleados por Mejía no son los más apropiados, puesto que en lugar de expresar que eximía a Almacenaar de cualquier reclamo que le hiciera De Bedout por el cumplimiento de la orden de entrega contenida en el télex 55686 ha debido decir que respondía de cualquier reclamo

que aquél formulara a Almacénar por la entrega del saldo del sorgo, es lo cierto que del contexto del paso transcrito aparece sin la menor duda el propósito de Mejía de dar cumplimiento al compromiso adquirido con Almacénar. De otra suerte no tendría explicación el hecho de que en esa carta, al pedirle a Almacénar la entrega del remanente del sorgo, manifieste con base precisamente en el télex en que De Bedout ordenó la entrega de las 1.500 toneladas de ese grano, que exige a Almacénar de cualquier reclamo que le formulara De Bedout. Es obvio que si la entrega de dicho saldo la llevaba a cabo Almacénar en acatamiento a una orden de De Bedout, ningún reclamo podía éste formularle. El reclamo sólo se justificaba si la entrega del saldo entrañaba la violación de una orden de aquél de que no se llevara a cabo. Que fue precisamente lo sucedido. Si eximir significa liberar a alguien de una responsabilidad, de una culpa, según el Diccionario de la Real Academia, al declarar Mejía que eximía a Almacénar de cualquier reclamo de De Bedout por la entrega del saldo del sorgo, estaba manifestando en forma nítida su voluntad de liberar a aquél de toda responsabilidad por ese hecho frente al depositante. Liberación que implicaba, para su eficacia, que Mejía asumiera esa responsabilidad. Tan evidente es que Mejía consideró que con esa declaración cumplía el compromiso adquirido con Almacénar, y a continuación expresó: 'esperamos en esta forma que usted nos dé la definitiva para retirar el sorgo pendiente' ''.

6. Al ser interrogado Mejía para que dijera si en su propio nombre y en el de la sociedad Mejía y Compañía eximía a Almacénar por cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la entrega del sorgo, contestó: "no es cierto, cuando yo eximía di a entender que liberaba a Almacénar de un reclamo, pero sólo del sorgo que importé y que Almacénar sabe que era mío, no estoy de acuerdo que asumí sobre mí o sobre la compañía la obligación de cualquier reclamo de De Bedout o de otro por los depósitos que ellos hubieran hecho", versión que contiene una interpretación acomodaticia del paso de la carta en cuestión con el propósito inocultable de eludir la responsabilidad que asumió en ella. Y el Tribunal aceptó esa interpretación.

Pero no basta la sola lectura de la referida carta para advertir que en ella Mejía no hace la menor referencia a sorgo importado por él, sino al que por mayor cantidad fue importado por De Bedout y del cual debían tomarse las 1.500 tone-

ladas a que se refiere el télex del 2 de diciembre de 1977.

De consiguiente, al aceptar el sentenciador la interpretación arbitraria que Mejía dio a la carta en cuestión, incurrió en ostensible yerro fáctico, pues de haberle dado su verdadero sentido en coordinación con las comunicaciones anteriores, habría llegado a la conclusión de que la sociedad demandada se obligó para con Almacénar a responder de cualquier reclamo que De Bedout pudiera formularle "y, por ende, que al haber tenido Almacénar que atender el reclamo que aquél le formuló, en virtud del cual tuvo que pagarle la cantidad de \$ 1.015.800.00, valor de los 169.300 kilos de sorgo que entregó a Mejía contrariando la voluntad del depositante, debía ser condenada a reembolsar a Almacénar esa suma, con sus intereses comerciales".

Y remata el cargo con un análisis respecto de la influencia que tales errores tuvieron en la decisión absolutoria pronunciada por el Tribunal y del quebranto que por esos motivos imputa al sentenciador en cuanto a las normas sustanciales citadas en el encabezamiento del cargo, todas las cuales considera que fueron violadas por falta de aplicación.

Considera la Corte

1. *Soporte cardinal del fallo impugnado es el consistente en que, de acuerdo con los documentos analizados, la sociedad demandada no vino a recibir sino el saldo faltante a su favor del grano que se había importado de Argentina en cantidad total de 1.500 toneladas.*

2. *Por sabido se tiene que el error de hecho eficaz para abrir campo a la casación de un fallo debe ser evidente, o sea que brille al ojo en virtud de la contraevidencia fáctica que obre en el proceso.*

3. *No encuentra la Corte tal contraevidencia respecto de la anotada conclusión de hecho del sentenciador, pues si bien el grano llegó al país como importado por Fernando de Bedout, debe tenerse en cuenta que dicho importador en carta muy anterior (del 3 de agosto de 1977, 159 y 160, cuaderno 1º), reconoce expresa y espontáneamente haber obrado en tal negocio como "asistente para la importación del doctor Gabriel Mejía y Compañía S. en C."*

Esta circunstancia, reforzada por el indicio resultante de la no comparecencia del citado De Bedout a absolver interrogatorio en el proceso,

se encuentra reforzada por los documentos consistentes en: la factura proforma de Tradecol que señala a Gabriel Mejía y Compañía S. en C. como importadora de 1.500 toneladas de sorgo (folio 98 ib.); el télex 55686 en que De Bedout autoriza a Almacénar la entrega de precisamente esa cantidad a la citada compañía (folio 123 ib.); el pagaré número 015 por \$ 1.700.000.00 a favor de Almacénar y a cargo de la compañía mencionada, referente también al depósito en dichos Almacenes Generales de 1.500 toneladas de sorgo (folio 147 ib.); la carta irrevocable de crédito número 25C/77X, expedida por el Banco de Colombia por cuenta de la sociedad demandada, por US\$ 124.500.00 y relativa a la negociación de compra e importación de 1.500 toneladas de sorgo traídas de Argentina, según registro de importación 022926 del 4 de julio de 1977 (folios 156 a 158 ib.); y el registro de importación G 513821 por 1.500 toneladas de sorgo a favor de la misma compañía demandada (folio 167 ib.) para no citar otros documentos como pago de fletes, bodegajes, etc.

4. Al no ser contraevidente la comentada apreciación fáctica del Tribunal que le sirve de soporte autónomo a su fallo absolutorio, el único

cargo del recurso en estudio, formulado por vía indirecta en contra de tal apreciación, no puede prosperar.

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 veintiséis (26) de marzo de mil novecientos ochenta y uno (1981) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Almacénar S. A. contra Mejía y Compañía S. en C. y otro.

Costas en casación a cargo de la recurrente.

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

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

NULIDAD ABSOLUTA

El poder del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta no es ilimitado. Circunstancias que deben concurrir. La Corte ratifica su jurisprudencia sobre la exteriorización del vicio en el contrato, sin que pueda acudir a otra prueba, para que proceda la declaración oficiosa.

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936 es regla excepcional de interpretación restricta.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, 27 de febrero de 1982.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de mayo del año pasado, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario adelantado por Romelia y Rosario Martínez Mejía contra Carlos Arturo Peláez Castaño y otro.

Antecedentes

I. Por demanda de 31 de agosto de 1979, solicitaron las mencionadas demandantes que con audiencia de Carlos Arturo Peláez Castaño y Luis Eduardo Arbeláez Isaza, se hiciesen los pronunciamientos principales o subsidiarios siguientes:

Principales

a) Que se declare resuelto el contrato de compraventa, celebrado entre las demandantes y el demandado Carlos Arturo Peláez Castaño, contenido en la Escritura Pública número 241 de 15 de mayo de 1972, de la Notaría Unica del Círculo de Aguadas;

b) Que como consecuencia del anterior pronunciamiento, se disponga la cancelación del registro de la mencionada escritura y de la número 18 de 8 de febrero de 1979, de la Notaría del Círculo de Aguadas;

c) Que se condene a los demandados a restituir a las demandantes, en la porción o parte que

a cada una corresponda, el inmueble descrito en la demanda, junto con los frutos civiles y naturales producidos desde el 15 de mayo de 1972 hasta el día en que ocurra la entrega;

d) Que se condene a los demandados a pagar a las demandantes los perjuicios morales y materiales causados con el incumplimiento contractual;

e) Que se imponga a los demandados el pago de las costas del proceso.

Primeras subsidiarias

a) Que se declare que el demandado Carlos Arturo Peláez Castaño, incumplió su obligación de pagar el precio a las vendedoras demandantes;

b) Que como consecuencia, se condene a Carlos Arturo Peláez Castaño a pagarle a las demandantes la suma de \$ 73.754.00, con sus intereses comerciales del 2% mensual causados desde el 20 de mayo de 1972 hasta que se efectúe el pago;

c) Que se condene al mencionado Peláez Castaño a pagarle a las demandantes los perjuicios morales y materiales causados con su incumplimiento;

d) Que se condene al demandado Peláez Castaño al pago de las costas.

Segundas subsidiarias

a) Que se declare que el demandado Carlos Arturo Peláez Castaño se enriqueció injustamente en perjuicio de las demandantes;

b) Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado Peláez Cas-

taño a pagar a las demandantes, “la cantidad de dinero que se establezca dentro del proceso, a título de restituciones, indemnizaciones, o a título cuya denominación el juzgado elija”;

c) Que se condene al mismo demandado al pago de las costas del proceso.

II. Las pretensiones las apoyan las demandantes en los hechos que a continuación se resumen:

a) Por Escritura Pública número 426 de 6 de agosto de 1968, de la Notaría de Aguadas, Romelia y Rosario Martínez Mejía constituyeron sobre el bien descrito en el hecho primero de la demanda, hipoteca abierta hasta por la suma de \$ 120.000.00, a favor del Banco Cafetero;

b) Una de las obligaciones a cargo de las demandantes y a favor del referido Banco, garantizada con hipoteca abierta, era la contenida en el pagaré número 3260 CO-15/70, con vencimiento el 20 de mayo de 1972, “en cuya fecha el saldo a pagar era de \$ 60.033.57, con sus intereses”;

c) Por Escritura Pública número 241 de 15 de mayo de 1972, Romelia y Rosario Martínez, como dueñas y poseedoras del inmueble que describe la demanda en el hecho primero, vendieron a Carlos Arturo Peláez Castaño una porción de dicho predio y aunque el precio que se hizo figurar en el instrumento fue de \$ 40.000.00, la verdad es que “fue superior porque allí se dijo, igualmente, que el precio se destinaría por el comprador a pagar al Banco Cafetero el crédito con garantía hipotecaria a cargo de las vendedoras, pues de pagar éste ‘se hace cargo dicho comprador’. Como el crédito ascendía en esa fecha a \$ 60.033.57, éste fue el precio, para cuyo pago tenía plazo el comprador hasta el 20 de mayo de 1972, esto es, se vencía o venció cinco días después del otorgamiento de la escritura pública de compraventa ameritada”;

d) El comprador Peláez Castaño incumplió con su obligación de pagar el precio en la forma y términos convenidos, pues en lugar de pagarle al Banco Cafetero y obtener la cancelación de la hipoteca, lo que hizo fue “hacerse ceder del Banco el crédito consignado en el pagaré y respaldado con la escritura”, lo cual constituye un acto de mala fe;

e) El comprador Carlos Arturo, una vez colocado como titular del crédito hipotecario a cuya cancelación él estaba obligado, en virtud de la cesión que le hizo el Banco, inició acción ejecu-

tiva con garantía real en contra de Romelia y Rosario Martínez Mejía, y a través de este proceso obtuvo el remate del resto de la finca, o sea que el mencionado Carlos Arturo logró una ganancia injusta o sin causa en perjuicio de las actoras;

f) Por Escritura Pública número 18 de 8 de enero de 1979, Carlos Arturo Peláez Castaño le vendió a Luis Eduardo Arbeláez Isaza una porción del predio que aquél adquirió de las demandantes;

g) El adquirente Arbeláez Isaza, “conocía al comprar, la existencia de la condición resolutoria tácita que afectaba el título de su tradente”, o sea, la obligación que éste tenía “de cancelar con el dinero del precio el crédito en favor del Banco Cafetero”.

III. Los demandados, en forma separada respondieron en el sentido de admitir unos hechos y de negar otros, pero difieren en que Luis Eduardo Arbeláez Isaza le denunció el pleito a Carlos Arturo Peláez Castaño y, éste, fuera de oponerse a las súplicas de la demanda, formula las excepciones que denomina de “petición de modo indebido”, “contrato no cumplido” y “nemo admittitur aut auditur propiam”, fundado en que “el incumplimiento y el engaño, se pueden predicar, sin temor a equivocaciones, de las actoras, que tuvieron la audacia legal, dizque de vender un inmueble sobre el cual pesaba un embargo y que estaba por consiguiente fuera del comercio”.

IV. Adelantado el proceso en estas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 12 de noviembre de 1980, adicionada el 26 del mismo mes, mediante la cual el Juzgado Civil del Circuito de Aguadas declara la nulidad absoluta del contrato de compraventa y hace otros pronunciamientos.

V. Inconformes los demandados con la resolución precedente, interpusieron el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 4 de mayo del año pasado, por el cual se revoca el impugnado y se despañan desfavorablemente las súplicas de la demanda. Contra esta decisión interpusieron las demandantes el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Referidos los antecedentes del litigio, a continuación aborda el *ad quem* la facultad y

posibilidad que tiene el juzgador para decretar oficiosamente la nulidad absoluta de un negocio jurídico y, al confrontar los elementos de convicción con los presupuestos doctrinales que se desprenden del tenor del artículo 2 de la Ley 50 de 1936, dice que “no aparece de manifiesto la causal de nulidad, esto es, del documento no emerge que el inmueble vendido está embargado, y antes bien, se hace constar lo contrario, toda vez que en la cláusula cuarta se dice: ‘Que dicho predio no ha sido enajenado por las exponentes vendedoras a ninguna otra persona, a ningún título y se halla libre de todo gravamen, de pleito pendiente y de embargo judicial’. Como bien se sabe, el término manifiesto empleado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 impone que el hecho sobre el que se apoya la declaratoria de oficio de una nulidad sea evidente u ostensible”.

Con cita de doctrina de la Corte y de tratadistas insiste el fallador de segundo grado en que la nulidad absoluta “aparece de manifiesto cuando sólo basta leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza ni antecedente del proceso para que sea constatado”.

A continuación se ocupa el *ad quem* de las pretensiones contenidas en la demanda y, a título de introducción dice que se deben estudiar, como pertinentes, estos dos puntos:

a) El relativo al verdadero precio pactado, o sea, si es de \$ 85.000.00 como lo sostienen las demandantes, o de \$ 40.000.00 como lo afirma el demandado, y

b) Si el demandado incumplió con la obligación de pagar el precio.

Respecto del primer punto, sostiene el Tribunal:

“Es indudable que a las actoras les corresponde la carga de la prueba y por tanto deben demostrar su aserto. Para ello sólo adujeron las declaraciones de Gilberto Hernández (folio 27, cuaderno número 2), quien afirma no le consta la negociación; José Ancízar Arbeláez Isaza (folio 28 *ib.*), quien manifiesta que no recuerda el precio, aunque asistió a la discusión del acuerdo, y Raúl Martínez (folio 8 *ib.*), hermano de las demandantes y por lo mismo testigo sospechoso, quien señala que el precio convenido fue de \$ 85.000.00. Como puede pues verse, el material probatorio incorporado es insuficiente para demostrar que el contrato de compraventa entre Romelia y Rosario Martínez Mejía como vendedoras y Carlos Arturo Peláez como comprador fue por la suma mencionada, sobre todo si frente al

testigo sospechoso se antepone una escritura pública en la que se expresa que la cuantía es diferente. Allí en el documento señalado en la cláusula tercera, a folios 28 *in fine* se dice: ‘Que el precio de la venta es la cantidad de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) moneda legal, suma que será para pagar una hipoteca al Banco Cafetero por cuenta de las vendedoras, en la misma forma y términos que rece el título hipotecario respectivo’, y no obstante que las actoras han sostenido que la parte final permite concluir que la cuantía es diferente, que alcanza el monto de la obligación hipotecaria, tal afirmación es inaceptable, porque:

“1. Contraría los claros y precisos términos de la cláusula, en la que se dice: Que el precio de la venta es la cantidad de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) moneda legal.

“2. Se opone también a la afirmación de las actoras, quienes señalaron la cuantía en \$ 85.000.

“3. En la misma escritura pública comentada se incorporó el certificado del señor Jefe de Catastro, a quien se le hizo saber que el valor de la venta era de \$ 40.000.00, y

“4. La única forma en que la cláusula tiene sentido es aceptando la interpretación que da la Sala, porque la cantidad de \$ 40.000.00 puede ser para pagar una hipoteca (abonar), y en esta forma puede cumplirse, mientras que sería absurdo afirmar que la cuantía es \$ 40.000.00 para luego sostener que es para cancelar una obligación de una cuantía superior. Como lo dice el artículo 1620 del Código Civil: ‘El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno’”.

Con relación al segundo punto, el sentenciador de segundo grado afirma:

“Según se lee a folio 3 del cuaderno número 6 al pagaré suscrito entre las señoritas Romelia y Rosario Martínez Mejía y el Banco Cafetero se le hizo un abono de capital e intereses el 1º de marzo de 1972, que como se infiere de la inspección judicial (folio 12 *ib.*) y del documento de folio 13 *ib.*, alcanzó la suma de \$ 40.000.00, aunque no se aclaró quien hizo tal pago. Ocurre, sin embargo, que las deudoras Rosario y Romelia Martínez admiten no haber hecho abonos al capital: Romelia Martínez a folio 5 del cuaderno número 6 al respecto expresa: ‘Que yo recuerde no. Yo no recuerdo qué abonos se le hicieron al capital’, y al ser requerida para que manifieste

la cuantía de la obligación con el Banco Cafetero, agrega: 'Realmente no lo recuerdo, el capital era entre \$ 47.000.00 y \$ 49.000.00, más o menos, fuera de intereses'. Rosario a su vez declara: 'No conozco nada sobre eso, debido a que todos los negocios los hacía Romelia'. Es indudable, además, que, si luego el 25 de julio el Banco cede por igual valor recibido toda la obligación por cuantía de \$ 60.033.57 (folio 3, cuaderno número 6) al señor Carlos Arturo Peláez es porque éste fue quien hizo el pago completo, el primero por la cantidad de \$ 40.000.00 y el segundo hasta completar aquella otra suma. La distinción es importante hacerla porque da claridad sobre el asunto, ya que en esa forma aparece el adquirente del predio 'El Zarzal' abonando primero los \$ 40.000.00 que se hizo constar como precio en la Escritura Pública número 241 de 15 de mayo de 1972, y posteriormente al darse cuenta del embargo que recaía sobre el predio, que impedía el registro de la escritura y por lo mismo la transmisión del derecho de dominio, procedió a cancelar toda la obligación y hacerse ceder el crédito, poniendo así a salvo los derechos adquiridos. El comprador ha podido pedir, desde luego, la declaración de nulidad absoluta o la resolución del contrato, pero prefirió este otro difícil y tortuoso camino, quizás porque la insolvencia de las vendedoras no le permitiría recuperar el dinero ya invertido. Pero, la circunstancia de que el señor Carlos Arturo Peláez se hizo ceder todo el crédito y no la suma que resultaba de deducir los \$ 40.000.00 que estaba obligado a pagar, permite decir que en ese momento aún no había cumplido con la obligación de pagar el precio, y

"2. Sin embargo, posteriormente, al momento del remate en el proceso hipotecario (folio 31, cuaderno principal), el señor Peláez Castaño hizo la siguiente aclaración: 'Que los \$ 40.000 a que se refiere la escritura de compraventa celebrada con las señoras Romelia y Rosario Martínez Mejía, no les fue pagada a ellas, sino que como el texto de la misma dice era para pagar por las vendedoras un crédito en el Banco Cafetero y que ya fue debidamente registrado tal documento, la suma mencionada debe deducirse de la liquidación que ascendió a la suma de \$ 73.754.00 y que por lo tanto el crédito insoluto sobre el cual remata es la suma de treinta y tres mil setecientos cincuenta y cuatro pesos (\$ 33.754.00) moneda legal', esto es, que en última instancia deberá entenderse que, el 7 de marzo de 1974 fecha en la que se efectuó la almoneda, se hizo el pago del precio.

"Ahora bien, si desde más de cinco años antes de la iniciación de este proceso el comprador cumplió con su obligación de pagar el precio, mal puede ahora pedirse la resolución del contrato por incumplimiento. La acción del artículo 1546 del Código Civil supone obviamente que el incumplimiento persiste, por eso mismo la norma da una acción alternativa: 'o la resolución o el cumplimiento del contrato', pero si el contrato ya se perfeccionó no puede acudir a esta acción. Desde luego que, mientras el comprador incumplió el pago del precio, entre el 15 de mayo de 1972 y el 7 de marzo de 1974 las vendedoras pudieron demandar la resolución, pero, en aquel entonces también les habría fracasado su pretensión porque ellas a su vez no habían cumplido con su obligación de transferir el dominio".

De todo lo expuesto, el Tribunal saca las conclusiones siguientes:

- a) No procede la declaración oficiosa de nulidad absoluta por no aparecer manifiesta en el contrato;
- b) El precio de la compraventa fue de \$ 40.000.00;
- c) Inicialmente ambas partes incumplieron con sus obligaciones, pero luego cumplieron.

El recurso de casación

La demanda contiene dos cargos, ambos por la causal primera, que se estudiarán en el orden propuesto.

Cargo primero.

Se hace consistir en quebranto directo de los artículos 950, 952, 961, 1502, 1521, 1523, 1740, 1741, 1746, 1748 del Código Civil, y 2ª de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación.

En el desarrollo del cargo afirma la censura que en la especie de esta litis acaeció que Rosario y Romelia Martínez Mejía vendieron a Carlos Arturo Peláez Castaño un bien raíz que a la sazón estaba embargado, y la enajenación se efectuó sin autorización del juez ni consentimiento del acreedor.

A pesar de que el Tribunal así lo entendió, no decretó de oficio la nulidad, aduciendo que dicho vicio no aparece de manifiesto en el contrato de compraventa, dado que no surge de éste, sino una vez conocido otro medio de prueba, o sea, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos. El Tribunal, continúa la parte recurrente, ofreció como soporte la doctrina expuesta

por la Corte en fallo de 22 de octubre de 1952 y el criterio de un tratadista foráneo, con lo cual se desnaturaliza la institución del registro.

Más adelante expresa el casacionista que el *ad quem*, para no aplicar las normas enunciadas, se basó en que es el contrato el que debe informar de la existencia de la medida preventiva, mas ocurrió todo lo contrario, o sea, que allí se exterioriza que la cosa materia de la negociación está libre de gravámenes, siendo que ésta es apenas una frase de uso común en toda escritura.

Posteriormente señalan las recurrentes que el juzgador conoce simultáneamente el contrato y el embargo y exigir que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto en el primero, o se "cumpla por el primer golpe de vista dado a la escritura, es hacer las cosas imposibles".

Finalmente expresan las recurrentes que la nulidad absoluta "ahora proclamada no fue involucrada dentro de las pretensiones de la demanda. Pero al ser hallada por el juez, se convirtió en uno de los aspectos centrales de la controversia y por ello atacable en casación".

Se considera

1. *El artículo 1742 del Código Civil establecía que la "nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez o prefecto, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato . . .", o sea, que el juzgador, de oficio, ante la circunstancia de exteriorizarse la nulidad en la misma relación contractual, podía decretarla, con la concurrencia de otros factores.*

Posteriormente, sobre el tema de la facultad que se concedía al juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta, el artículo 1742 del Código Civil prontamente sufrió la primera modificación, como quiera que por el artículo 90 de la Ley 153 de 1887 se eliminó la facultad que tenía para declararla, sin que mediara petición de parte. En efecto, se dispuso mediante este último precepto que "la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley cuando provenga de objeto o causa ilícita o de incapacidad absoluta para ejecutar un acto o celebrar un contrato, no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor de treinta años. En los demás casos es subsanable por ratificación

hecha con las formalidades legales y por prescripción ordinaria... Queda en estos términos reformado el artículo 1742 del Código Civil".

Contra el criterio sentado por el artículo 90 de la Ley 153 de 1887, en cuanto eliminó la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta, se pronunció vigorosamente la doctrina de jueces y tratadistas, lo que dio lugar a regresar al principio original que contenía el artículo 1742 del Código Civil, o sea, a la facultad oficiosa de los falladores para decretar la nulidad absoluta, la cual se estableció por el artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Finalmente, la Ley 50 de 1936 introduce en materia de nulidad absoluta importantes modificaciones, pero resulta ser coincidente con el primitivo artículo del Código Civil y con el 15 de la Ley 95 de 1890, en el criterio de que la nulidad sustancial, en la modalidad de absoluta, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, debe ser declarada por el juez, sin que sea menester que medie petición de parte.

2. *Con fundamento en la reseña anterior y en lo que hoy dispone el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, tradicionalmente la doctrina de la Corte viene afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que, por el contrario se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes:*

1ª *Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato.*

2ª *Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, y*

3ª *Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse, sino con la audiencia de todos los que la celebraron (sentencias de 9 de julio de 1892, VII, 265; 30 de junio de 1893, VIII, 340; 12 de junio de 1923, XXX, 59; 19 de agosto de 1935, LXII, 372; 26 de agosto de 1938, XLVII, 66; 18 de octubre de 1938, XLVII, 238; 10 de octubre de 1944, LVIII, 45; 5 de abril de 1945, Gaceta Judicial número 2032, 363; 5 de abril de 1946, LX, 363; 20 de mayo de 1952, LXXII, 125; 22 de octubre de 1952, LXXII, 125; 3 de mayo de 1953, LXXV, 53; 13 de diciembre de 1954, LXXIX, 246; 22 de septiembre de 1955, LXXXI, 148; 3*

de julio de 1958, LXXXVIII, 519; 18 de agosto de 1958, LXXXVIII, 632; 29 de mayo de 1959, XC, 590; 13 de febrero de 1961, XCIV, 525; 14 de septiembre de 1961, XCVII, 59).

3. El primero de los presupuestos indispensables para que el fallador pueda declarar de oficio la nulidad absoluta, o sea, que ésta aparezca de manifiesto en el acto o contrato, se remonta a la vigencia del Código Civil, como se desprende de los antecedentes legislativos y, por tanto, desde ese entonces la doctrina de la Corte viene insistiendo en que cuando la ley exige que la nulidad absoluta "aparezca de manifiesto en el acto o contrato", quiere decir con ello que el vicio se exteriorice, resulte o se ponga de bulto con la sola lectura del contrato, sin necesidad de acudir a otras pruebas, pues en su defecto la declaración ex officio no procede.

En efecto, la Corporación en jurisprudencia que se ha mantenido por medio siglo viene precisando que la procedencia de la declaración de oficio de la nulidad absoluta presupone que el vicio se exteriorice en el contrato, sin buscar auxilio probatorio por fuera de él.

Sobre el particular, la doctrina constante de la Corte expresa lo siguiente:

a) En sentencia de 26 de agosto de 1938, dijo que "la nulidad manifiesta de que trata el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y hoy el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, debe ser tan clara que no sea susceptible de interpretación ni disensiones, sino que aparezca tan de bulto que como una verdad inconcusa se presente ante la mente del juzgador" (Gaceta Judicial, tomo XLVII, 66);

b) En fallo de 18 de octubre de 1938, insistió la Corte en el criterio anterior, y precisando mejor el alcance de los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, sentó las reflexiones siguientes: "De acuerdo con esas disposiciones 'la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato'. Luego una nulidad que no aparece de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que da lugar a dudas acerca de su existencia, bien por razón del aspecto legal, bien por lo que atañe a sus antecedentes de hecho, no es manifiesta y sobre ella carece el juez de facultad para pronunciarse.

"El vocablo 'manifiesto', según la significación que le asigna el diccionario de la Real Academia Española, es lo que está al descubierto, patente y claro. Lo que no ofrece motivo de discu-

siones. Luego la nulidad absoluta sólo será manifiesta cuando basta para deducirla tener a la vista el acto, como la compraventa de bienes raíces celebrada por documento privado, o una donación efectuada para asegurar la comisión de un hecho delictuoso estipulada así en el título.

"No será manifiesta nulidad en el caso de que su comprobación obedezca a la acumulación probatoria de antecedentes de hecho más o menos claros, más o menos convincentes, porque entonces no se presenta al primer golpe de vista, sino que es el resultado de un proceso deductivo asentado en elementos extraños al acto que se juzga (Gaceta Judicial, tomo XLVII, 238)".

c) Posteriormente, en sentencia de 10 de octubre de 1944, se insiste en determinar el exacto sentido del vocablo manifiesto, y en esa ocasión se afirmó por la Corte lo siguiente: "El genuino sentido que la jurisprudencia ha dado a la expresión de manifiesto, que usa la ley —artículo 2º de la Ley 50 de 1936—, es el de que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato, sin necesidad de recurrir, para demostrarla a otras piezas del proceso o elementos probatorios. No basta que la invalidez pueda probarse en los autos si para ponerla de manifiesto, como ocurriría en este caso, es preciso confrontar y analizar pruebas" (Gaceta Judicial número 2016, página 46);

d) En sentencia de 20 de mayo de 1952, la Corte, sin apartarse de la doctrina antes expuesta, reitera que "el poder excepcional que al juez le otorga hoy el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, y que antes conferían los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 1742 del Código Civil, para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto o ilimitado, sino por el contrario, está condicionado, entre otras circunstancias, por la imprescindible de que la nulidad aparezca, como lo requiere expresamente el artículo 2º, de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta" (Gaceta Judicial LXXII, 125).

e) Más adelante, en verdadera labor de hermenéutica del artículo 2 de la Ley 50 de 1936, sostiene la Corte en fallo de 22 de octubre de 1952 lo siguiente:

"No habiendo sido definido por el legislador el vocablo 'manifiesto', ni correspondiendo a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio

(artículo 28 del Código Civil), que según el diccionario, es lo que está patente o visible, que salta a la vista con sólo leer el contrato; por consiguiente, se tiene que la nulidad aparece de manifiesto, cuando basta sólo leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza o antecedentes del proceso, para que sea verificada.

“Al emplear el artículo que se comenta (2º de la Ley 50 de 1936), la palabra manifiesto, agregó todavía para reafirmar y reforzar su sentido, la frase determinativa y restrictiva ‘en el acto o contrato’. No es dable, pues, poner en duda que el legislador ha querido, evidentemente, establecer que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad, debe hallarse presente, estar patente en el instrumento mismo del acto o contrato anulable, y no que ese vicio resulte de la relación que exista o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios del proceso” (Gaceta Judicial, LXXIII, 295).

f) La doctrina expuesta ha sido reiterada permanentemente, como puede verse en los fallos de 7 de mayo de 1953 (tomo LXXV, 53), 13 de diciembre de 1954 (tomo LXXIX, 246), 22 de septiembre de 1955 (tomo LXXXI, 148).

4. Coincidente con la jurisprudencia nacional resulta la foránea, especialmente la chilena, puesto que el derogado artículo 1742 del Código Civil Colombiano y el hoy vigente 2º de la Ley 50 de 1936, en cuanto han exigido que la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio por el fallador “cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”, es semejante al artículo 1683 del Código Civil Chileno y, por tal virtud, la Corte Suprema de dicho país ha expuesto una doctrina semejante a la nacional, como se desprende de la siguiente afirmación: “El artículo 1683 del Código Civil Chileno dispone textualmente que ‘la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato’, y no habiendo sido definido por el legislador el vocablo ‘manifiesto’, ni correspondiendo a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, el que, conforme al diccionario de la lengua, tiene el significado de ‘descubierto’, ‘patente’, ‘claro’, ‘escrito en que se justifica y manifiesta una cosa’. Esclarecido esto, y si se tiene en cuenta que al emplear dicho artículo 1683 la palabra manifiesto, agregó todavía, para reafirmar y reforzar su sentido, la frase determinativa y restrictiva ‘en el acto o contrato’, no es dable poner

en duda que el legislador —al apartarse en esta situación excepcional del principio normativo general, según el cual en materia civil los tribunales no pueden adoptar un rol activo, sino que deben proceder a instancia de parte—, ha querido evidentemente dar a comprender que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad debe hallarse presente, constar, aparecer, estar patente, saltar a la vista, en el instrumento mismo que da constancia del acto o contrato anulable y no que ese vicio resulte de la relación que existe o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios”.

Igual al criterio doctrinal expuesto por las Cortes colombiana y chilena resulta ser el que exponen los tratadistas, Luis Claro Solar (Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XII, número 1925), Arturo Alessandri Besa (la nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno, números 559, 560), Victorio Pescio V. (Manual de Derecho Civil, Tomo II, número 308), Humberto Pinto Rogers (Derecho Privado, Tomo IV, Vol. 2, páginas 477 y 478).

5. Por consiguiente, la autorización que el legislador le concede al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta no es ilimitada, puesto que es indispensable que el vicio se encuentre patente, claro, de bulto, que salte a la vista en el acto o contrato. Porque, si para establecer la existencia de la nulidad el juzgador tiene que recurrir o desplazarse a examinar otros antecedentes o elementos de convicción, la nulidad en tal evento no “aparece de manifiesto en el acto o contrato” y, por ende, no entra en juego la facultad oficiosa del sentenciador, por currcer la situación del primer presupuesto que la ley señala expresamente (artículo 2 de la Ley 50 de 1936).

Por otra parte, la doctrina informa que en tratándose de contener el artículo 2º de la ley, en el punto de declaración oficiosa de la nulidad absoluta, una regla excepcional, la interpretación que de dicha regulación se haga debe ser restrictiva, puesto que esa es la filosofía que sobre el particular inspira el precepto.

6. Si como ocurre en la especie de esta litis, la nulidad absoluta no aparece de manifiesto en el contrato de compraventa, celebrado entre las demandantes Romelia y Rosario Martínez Mejía y el demandado Carlos Arturo Peláez Castaño, puesto que para determinar si el bien materia de la negociación se encontraba embargado para cuando se celebró el mencionado contrato se debe recurrir a otros elementos de convicción, se con-

cluye que el Tribunal no infringió las normas señaladas en la censura, al no decretar oficiosamente la nulidad del negocio jurídico dicho, por no aparecer el vicio con la característica que le señala la ley, esto es, que aparezca de manifiesto en el contrato.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Cargo segundo.

Hácese consistir en quebranto indirecto de los artículos 1546, 1613, 1614, 1615, 1617, 1626, 1634, 1608, 1849, 1857, 1865, 1866, 1880, 1929, 1930, 1932 y 1935 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el *ad quem* en la apreciación de las pruebas.

En procura de demostrar el cargo, las recurrentes comienzan por sostener que en sentir del *ad quem* el demandado Carlos Arturo Peláez no incumplió la obligación de pagar el precio de la venta, según las conclusiones siguientes:

- a) El precio pactado fue de \$ 40.000.00;
- b) El demandado comprador pagó al Banco la suma de \$ 60.033.57, cantidad superior a la convenida;
- c) No existe certeza de quién hizo el 1º de marzo de 1972, en el Banco, un abono de \$ 40.000.00; pero de la prueba se deduce que lo hizo Carlos Arturo Peláez, pues le fue cedido el pagaré por el valor total, o sea, que pagó el total de la obligación.

Añade la parte recurrente que el Tribunal se equivocó en las anteriores conclusiones, a virtud de la apreciación parcial de la prueba, pues sólo analizó unas pruebas en parte y pretirió las demás.

Como pruebas no tenidas en cuenta por el sentenciador, las recurrentes señalan estas:

- a) Interrogatorio de parte a las demandantes;
- b) Nota de cesión del pagaré que hizo el Banco a favor de Carlos Arturo Peláez, por la suma de \$ 60.033.57.

El Tribunal, dicen las casacionistas, "no percibió otros aspectos de los mismos medios probatorios, esto es, los vio sólo en forma parcial, extrayendo consecuentemente conclusiones equivocadas".

Enseguida la parte recurrente afirma que el Tribunal "no apreció en todo su valor otras pruebas, como algunas respuestas del interrogatorio de parte de Romelia Martínez Mejía; en el pa-

garé, el fallador sólo vio la nota de cesión del Banco a Carlos Arturo Peláez, por la suma de \$ 60.033.57, pero no advirtió la nota puesta por el mismo Banco que expresa que el 1º de marzo de 1972 se abonó a la obligación la suma de \$ 30.270.00, quedando reducido el capital, a la suma de \$ 19.100.00; no vio en el interrogatorio rendido por Carlos Arturo Peláez que éste confesó que se dio cuenta de la garantía hipotecaria en favor del Banco Cafetero y el dinero de la venta no lo recibieron las vendedoras, sino el Banco, para cancelar la obligación hipotecaria; no vio las cláusulas segunda y cuarta de la Escritura número 241 de 15 de mayo de 1972, de la Notaría del Círculo de Aguadas que expresan que el precio de la venta es la cantidad de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00), suma que será para pagar el crédito hipotecario que adeudan las vendedoras al Banco, y del cual se hace cargo el comprador.

Más adelante dicen las recurrentes que no es posible deducir que el abono hecho el 1º de marzo de 1972 corrió de cargo de Carlos Arturo Peláez, siendo que éste, según interrogatorio, dijo que se enteró de la aludida obligación el día en que firmó la escritura de compraventa, o sea, el 15 de mayo de 1972, y el abono se efectuó antes y por demás la nota del Banco utiliza la locución "abonaron", que es plural, con lo cual se refirió a las deudoras.

Enseguida dicen las recurrentes que es cierto que se equivocaron en el señalamiento del monto de la deuda hipotecaria al momento de la celebración de la compraventa, pero tales yerros fueron clarificados por informes fidedignos del Banco acreedor. Por consiguiente, aceptando que el precio convenido fue sólo de \$ 40.000.00, de todos modos el comprador Peláez se obligó a pagar la obligación total que tenían las vendedoras para con el Banco, cualquiera que fuera la cantidad.

Por último señala la censura que a consecuencia de los errores de hecho cometidos por el Tribunal, dio por probado que el comprador Carlos Arturo Peláez cumplió con la obligación de pagar el precio, cuando la realidad probatoria es exactamente la contraria. En cambio, las vendedoras sí cumplieron con todas sus obligaciones. En consecuencia, de no haber incurrido en tales desaciertos, hubiera decidido en forma diferente.

Se considera

1. En la especie de esta litis ha quedado plenamente establecido, que las demandantes prio-

ritariamente incumplieron con las obligaciones de su cargo, pues al celebrar el contrato de compraventa, declararon en la cláusula cuarta que la cosa vendida estaba libre de embargos, siendo que para entonces subsistía sobre el bien negociado una medida cautelar de esa naturaleza y, por otra parte, las actoras sabían de tal traba, como quiera que días antes de la celebración del contrato se les había notificado el mandamiento ejecutivo en el proceso de ejecución adelantado contra ellas por Bernardo Nieto Gómez.

2. El cargo tampoco se abre paso, por lo siguiente:

Porque el fallador de segunda instancia, al apreciar los elementos probatorios en conjunto, sí estimó la prueba incorporada al litigio; también vio la nota puesta por el Banco Cafetero en el pagaré y de fecha 1º de marzo de 1972, pues en un pasaje del fallo hace referencia específica a ella; igualmente estimó el Tribunal el interrogatorio de parte rendido por el demandado Peláez, pues de él, más otras pruebas, dedujo el incumplimiento de la obligación de su cargo y, por esta circunstancia, también vio las cláusulas del contrato de compraventa; tampoco aparece suficientemente demostrado que el precio de la

venta fuera diferente del pactado en la cláusula tercera de la Escritura Pública número 241.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 4 de mayo de 1981, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario.

Las costas del recurso corren de cargo de la parte recurrente.

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

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

REVISION DE LA CUOTA ALIMENTARIA IMPUESTA POR PROCESO DE SEPARACION DE CUERPOS

La Corte no es competente para conocer de la apelación del auto que la deniega. Su jurisdicción se agota al decidir la segunda instancia del proceso.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrada Auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez E.* (auto).

Bogotá, D. E., 30 de marzo de 1982.

Interpusieron recurso de apelación ambas partes contra el auto de 15 de septiembre de 1981, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el incidente promovido por la cónyuge Mercedes Sorzano de Arango, frente a su esposo Sergio Arango Rodríguez para que se revisase la cuota alimentaria fijada a cargo de éste por la misma Corporación, en la sentencia de 10 de julio de 1979, mediante la cual decretó la separación indefinida de cuerpos de los mencionados cónyuges.

Para resolver hace la Corte las siguientes consideraciones:

1ª *De conformidad con lo dispuesto por el artículo IX del Concordato celebrado entre la República de Colombia y la Santa Sede el 12 de julio de 1973 y aprobado por la Ley 20 de 1974, las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos deben ser tramitadas en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia, por manera que una vez decidido uno de aquellos procesos por sentencia ejecutoriada, bien sea en la primera o en la segunda instancia, cesa la competencia de dichas corporaciones para revisar o modificar cualquiera de las determinaciones que se hayan tomado como consecuencia de la separación de los cónyuges, en relación con los derechos y obligaciones personales y patrimoniales de éstos entre sí y respecto de sus hijos menores.*

2ª *El numeral 2º del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, reformado por el artícu-*

lo 26 de la Ley 1ª de 1976, establece que la separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sea tramitada y decidida por el proceso abreviado a que se refieren los artículos 415 y siguientes ibidem, proceso que de acuerdo con lo previsto por el artículo 423 de la misma obra, modificado por el 27 de la precitada ley, si no ha sido posible lograr la conciliación de los cónyuges, termina con la sentencia que decreta o niega la separación de cuerpos y en el primer caso dispone lo relativo al cuidado y patria potestad sobre los hijos menores del matrimonio, la proporción en que aquéllos deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de dichos hijos, y, si fuere el caso, el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro.

Conforme con el numeral 16 del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil reformado por el 28 de la misma Ley 1ª de 1976, la separación de cuerpos fundada en el mutuo consenso de los cónyuges, se adelantará por el proceso verbal regulado por los artículos 442 y siguientes ejusdem, el cual culmina con la sentencia que apruebe o rechaza el acuerdo sobre la separación y demás disposiciones convenidas por las partes.

Tratándose de matrimonios canónicos, según se ordena en el artículo IX del Concordato previamente citado, el fallo que dicte el respectivo Tribunal Superior en primera instancia es apelable ante la Corte, la cual, al decidir el recurso con sentencia ejecutoriada, agota su competencia respecto a la causa matrimonial.

El incidente, cuya apelación viene ahora a la Corte, fue propuesto por la demandante Mercedes Sorzano de Arango ante el Tribunal Superior de Bucaramanga el 11 de abril de 1981, para que se revisase la cuota alimentaria a cargo de su esposo Sergio Arango Rodríguez, fija-

da a su favor y al de sus menores hijos por la sentencia de 10 de julio de 1979, mediante la cual el mismo Tribunal había decretado la separación de cuerpos entre los citados cónyuges, es decir, mucho tiempo después de la ejecutoria de esta providencia, y, por tanto, de concluido el mencionado proceso.

En mérito de todo lo expuesto, se resuelve que, no siendo la Corte competente para conocer de la apelación de este incidente, se abstiene de resol-

ver de fondo el recurso y ordena que el negocio regrese al Tribunal de origen.

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

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

LESION ENORME

Es una institución excepcional no contemplada para toda suerte de negocios jurídicos, verbigracia, la dación en pago.

ERRORES DE TECNICA EN LA PRESENTACION DEL RECURSO

La violación de la ley sustancial por interpretación errónea nada tiene que ver con el aspecto probatorio.

De otra parte, si se acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de una prueba debe mencionarse en qué consistió la violación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Abogado Asistente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez*.

Bogotá, D. E., 31 de marzo de 1982.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 2 de junio de 1981, dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta en el proceso ordinario de Lucila Zapata de Gómez, contra la sociedad Los Tigrillos Limitada.

El litigio

Cabe sintetizarlo así:

1. Lucila Zapata demandó por vía ordinaria a Los Tigrillos Limitada, el 10 de agosto de 1977 ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, con el fin de obtener se declare, con todas sus consecuencias, la rescisión por lesión enorme "sufrida por la vendedora Zapata de Gómez, del contrato de compraventa contenido en el acta del 15 de diciembre de 1976 y al cual se refiere el certificado expedido por el Registrador de Cúcuta número 2583 del 28 de julio de 1977", contrato relativo al inmueble urbano debidamente descrito y alindado, ubicado en Cúcuta y matriculado bajo el número 29698. Y que se señale término a la compradora Los Tigrillos Limitada, para ejercer el derecho de completar el justo precio conforme al artículo 1948 del Código Civil, previas las advertencias legales al respecto.

2. Para pedir así afirmó la demandante que, como propietaria del almacén o establecimiento de comercio "Caracol" en Cúcuta, se vio precisada a convocar a sus acreedores a concordato preventivo ante el Juzgado Segundo Civil del mismo Circuito, en donde ofreció responder por sus deudas y al efecto relacionó y puso a disposición de tales acreedores todos sus activos, entre ellos y por su avalúo catastral de \$ 521.000.00, el inmueble atrás citado.

Las deliberaciones concordatarias culminaron en acuerdo legalmente adoptado que consta en acta del 15 de diciembre de 1976, en donde la deudora y ahora demandante estuvo representada por su apoderado al efecto, habiendo quedado tales fórmulas sujetas a ratificación, que todavía no se ha producido, de la poderdante.

Los acreedores, al aceptar dicho acuerdo y lo que impropiamente se denominó en él como "dación en pago", simultáneamente aceptaron y acordaron traspasar todo el activo de la deudora a Los Tigrillos Limitada, que a su vez se encargó de recoger todo el pasivo relacionado hasta ese momento. Al efecto, reza así, en lo pertinente, el acta en cuestión:

Presente en este acto el señor José Ignacio Ferrera Galindo, como representante legal de la sociedad Los Tigrillos Limitada, ... aceptó la compra del total de los activos determinados en estas diligencias y relacionados en los balances presentados y entregados a los acreedores ... y aclaro, que como comprador asumo las obligaciones de los pasivos relacionados expresamente en esta diligencia ...".

Por tanto, la deudora, dentro de los activos vendidos, transfirió a dicha sociedad el derecho de dominio del citado inmueble y "el valor de la compraventa . . . fue de \$ 521.000.00, como aparece en el acta".

Sin embargo, su justo precio para ese día era de \$ 3.000.000.00 y por tanto, Lucila Zapata de Gómez, "vendedora que recibió una contraprestación de \$ 521.000.00, por dicho inmueble, o sea un precio inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida, sufrió lesión enorme".

3. Se trabó el debate con oposición de la demandada, quien insistió en que la negociación con los acreedores de la demandante había consistido no en la compra aislada del predio, sino en el traspaso global de todos los activos denunciados y relacionados, avaluados por la deudora en su solicitud de concordato en cuantía de \$ 1.654.300.07, entre los cuales figuraba efectivo, muebles y enseres, vehículos y otros bienes que, de paso, la deudora no ha entregado aún a la demandada, y que esta a su turno asumió el pago de un pasivo en cuantía de \$ 2.780.525.95, conforme al acta en cuestión.

Por tanto, y por considerar que no se trata de compraventa, pidió su absolución, no sin haber denunciado sin éxito el pleito a los acreedores concordatarios (folio 154 vuelto, cuaderno 1).

4. En un principio por recusación y luego por impedimento, el negocio pasó en últimas al Juzgado Primero del referido Circuito, en donde después de cumplidas las etapas probatoria y de alegaciones, recibió sentencia absolutoria de primer grado que, apelada por la demandante, dio lugar a segunda instancia que el Tribunal, rituada debidamente, desató con sentencia confirmatoria de la del inferior y contra la cual la misma demandante interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. Después de recontar el proceso, no encuentra reparo a los presupuestos procesales, no sin notar que la demandada alegó no estar en forma la demanda por tener su domicilio en Bogotá, aspecto que por vía de excepción previa y también a modo de nulidad, se le decidió en forma adversa y ejecutoriada.

2. Seguidamente comenta que se trata del ejercicio de la acción de lesión enorme y, al efecto, considera que el acto realizado no fue una compraventa sino una cesión de bienes, al tenor

del artículo 1672 del Código Civil. Y si bien tal cesión a los acreedores no les transfiere la propiedad de los mismos, sí los faculta para disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos.

3. Por tanto, el traspaso que inmediatamente después de tal cesión hicieron los acreedores a la sociedad demandada fue legal en atención a la referida facultad de disposición, luego en tales circunstancias no fue la demandante la que transfirió el dominio de sus bienes a la demandada, sino los acreedores de aquélla en ejercicio de la facultad legal en referencia, de donde es valedera la afirmación de la demandada en el sentido de que con la demandante no existió contrato alguno, y sin ser aceptable, como lo dijo el juzgado, que se hubiera tratado de una venta efectuada por ministerio de la justicia.

4. Y de todo ello concluye que la demandante carece de legitimación en la causa y que debe confirmarse lo resuelto por el *a quo*.

La demanda de casación

Sin salirse de la causal primera, trae tres cargos, por vía directa el primero e indirecta los restantes, que por razones de lógica y de economía procesal merecen estudiarse y decidirse en conjunto.

Primer cargo. Acusa interpretación errónea del último inciso del artículo 1678 del Código Civil y falta de aplicación de los artículos 740, 741, 962, 963, 1849, 1857, 1947 y 1948 del Código Civil, y 1925 del Código de Comercio.

En síntesis, argumenta así el censor:

1. Erró el Tribunal al interpretar que la ley faculta a los acreedores para hacerse al dominio de los bienes del deudor mediante cesión hecha por este, pues el artículo 1678 en su último inciso dispone claramente que tal propiedad no se transfiere, errónea interpretación que lo llevó a concluir que los acreedores fueron los tradentes a favor de la demandada, con violación del artículo 740 *ibid.* que dispone que la tradición la hace solamente el dueño, tradición que para inmuebles exige escritura pública y, al efecto, el artículo 1925 del Código de Comercio, en su último inciso, asigna ese carácter al acta de concordato.

2. Y con citas jurisprudenciales, partiendo de la base de que la demandada se obligó a pagar en dinero el pasivo de la demandante, concluye que se configuró una verdadera compraventa de

un inmueble, rescindible por lesión enorme, en este caso sufrida por la vendedora, pues la venta se hizo por \$ 521.000.00 y, según dictamen pericial, para ese día valía \$ 3.000.000.00.

Segundo cargo. Como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, acusa violación, por falta de aplicación, de los artículos 740, 741, 961, 962, 963, 1849, 1857, 1947 y 1948 del Código Civil, y 1925 del Código de Comercio; y del artículo 1678 inciso final, del Código Civil, por interpretación errónea.

Dice el censor:

1. Se equivocó de hecho el Tribunal al concluir del acta de concordato, que entre la demandante y los acreedores había existido una cesión de bienes, y que entre estos y la demandada se había pactado una compraventa, error fáctico que así mismo se deriva de la falta de apreciación del respectivo certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta.

2. El acta en discusión sí contiene una cesión de bienes, bienes que los acreedores dispusieron traspasar a la demandada por una suma de dinero.

Pero es equivocado concluir que entre aquéllos y ésta existió una compraventa, pues como en virtud de la cesión de bienes los acreedores no se hicieron a su dominio, solamente adquirieron la facultad de compeler a la deudora para que llevara a cabo una operación de compraventa con Los Tigrillos Limitada, pues la dueña del predio en discusión no era otra que Lucila Zapata de Gómez, quien dejó de serlo por la tradición que hizo a Los Tigrillos Limitada, compradores del citado inmueble.

Los acreedores no podían "tradir", pues la propiedad la conservó la demandante y sólo fue traspasada directamente a la demandada tal como aparece en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta, del 28 de julio de 1977.

3. Luego lo que existió en verdad y en contra de la equivocada apreciación fáctica del Tribunal, fue una compraventa, rescindible por lesión enorme sufrida por la vendedora, conforme se solicitó en la demanda y se explicó al finalizar el cargo anterior.

Tercer cargo. A consecuencia de error de derecho cometido en la apreciación probatoria del acta de concordato preventivo, acusa como vio-

lados, por interpretación errónea, el inciso final del artículo 1678 del Código Civil; y por falta de aplicación los artículos 740, 741, 1849, 1857, 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, y 1925 del Código de Comercio.

Desarrolla así el censor su actuación:

1. El acta en referencia contiene varias estimaciones o negocios jurídicos diferentes: uno de ellos es la cesión de bienes que el Tribunal encontró demostrada y en modo alguno una dación en pago alegada por la demandada y que el sentenciador no aceptó. Y otro sería el negocio de compraventa que el Tribunal vio entre los acreedores y Los Tigrillos Limitada.

2. Dicha acta tiene el alcance de escritura pública, al tenor del artículo 1925 del Código de Comercio y, en consecuencia, es suficiente para transmitir el dominio de bienes inmuebles del deudor al adquirente, pero los acreedores no adquieren la propiedad de los bienes objeto de la cesión, ni existió dación en pago, pues en ningún momento les fue transferido el inmueble objeto de la demanda.

La presencia de los acreedores era únicamente un requisito para la validez del contrato que estos impusieron a la deudora cuando dijeron que recibían los bienes y que procedían a darlos en venta a Los Tigrillos Limitada. Y aun cuando aparentemente los acreedores obrarían como vendedores, ello podría admitirse para los muebles, pero no para los inmuebles, que requieren, para operarse el traspaso de su propiedad, la correspondiente tradición prevista en los artículos 740 y 741 del Código Civil "que resultan violados por falta de aplicación, pues el honorable Tribunal consideró que los acreedores podían vender en presencia del representante legal de la deudora y dueña, un predio del cual no eran propietarios; así pues, pudo existir dación en pago para los bienes muebles, pero en cuanto hace al inmueble no existió dación en pago, como lo admite el honorable Tribunal, pues los acreedores no habían adquirido el dominio del predio en cuestión".

3. Luego no puede admitirse que los acreedores hayan sido los vendedores, pues de ser así se desvirtuaría la parte final del artículo 1678 del Código Civil y se llegaría, como en efecto se llegó, en virtud "del error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba", a la violación, por falta de aplicación, de las normas sustanciales relativas a la compraventa y a la lesión enorme que puede dar lugar a su rescisión.

Considera la Corte

1. Sin necesidad de entrar a analizar detalladamente en sus aspectos de técnica y de fondo los cargos en estudio, nótase que todos ellos básicamente se apoyan en que el acto en virtud del cual la sociedad demandada adquirió el dominio del inmueble en litigio, fue una compraventa. Y que como tal, sería susceptible de rescisión por lesión enorme.

2. Es verdad averiguada que la lesión enorme es una institución excepcional y de alcance restringido. Si la ley la ha consagrado para la compraventa, para la aceptación de la herencia y para la partición de bienes (inmuebles en todo caso), no hay duda que no la contempla para otra suerte de negocios jurídicos. De ahí que en otras circunstancias, como dación en pago verbigracia, tan excepcional instituto no tenga aplicación.

3. Ahora bien: la demandada no adquirió el inmueble en litigio a título de compraventa singular, pues lo recibió como porción integrante de un patrimonio o de un activo global compuesto por muchos otros bienes.

Así lo aceptan las partes y el sentenciador, y resumidamente consta en el balance general de la demandante para el 30 de junio de 1976 (folio 45, cuaderno 1), activo descompuesto así:

Caja	\$ 196.012.07
Muebles y enseres	50.000.00
Muebles del hogar	20.000.00
Vehículo	80.000.00
Bienes raíces	521.000.00
Mercancías (inventario)	787.288.00
Todo para un total de	\$ 1.654.300.07

Y el inventario de mercancías comprende 41 variedades de telas, tal como aparece de la relación a folios 50 y 51 ibíd.

4. La sociedad demandada aceptó la propuesta de los acreedores de recibir en forma global dichos bienes y, en cambio, asumir no sólo el pasivo aceptado en el proceso de concordato, por valor de \$ 1.375.654.90, sino además \$ 1.055.750 aproximadamente, correspondiente al pasivo rechazado por el juzgado del conocimiento (folio 4, cuaderno 1).

5. Es decir: la operación acordada en la reunión concordataria consistió, en síntesis, en que de acuerdo con el ofrecimiento de bienes de la

deudora —y ahora demandante— a sus acreedores, tales bienes en conjunto, aforados en \$ 1.375.654.90, pasaron a ser de propiedad de un tercero, Los Tigrillos Limitada, que a su vez asumió la obligación de recoger un pasivo por valor de \$ 2.431.404.90.

6. Por el simple e importante aspecto técnico, sea de notar que en el segundo y tercer cargos se acusa violación del artículo 1678 del Código Civil por interpretación errónea no obstante que la censura viene por vía indirecta, o sea alegando error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, posición incompatible a todas luces pues, como hasta la sazón se ha repetido, el aspecto probatorio es ajeno a esta suerte de violación de la ley sustancial. Lo cual torna en inaceptable la censura así concebida.

7. Además, en el tercer cargo se acusa error de derecho en la apreciación probatoria del acta de concordato sin mencionar en qué pudo consistir la violación de la preceptiva probatoria. Y, por el contrario, en su desarrollo sitúa el error en el campo meramente fáctico, como en efecto lo hace el censor al alegar que de tal documento no cabe concluir que los acreedores hubieran adquirido la propiedad de los bienes ni que hubiera existido dación en pago, aspectos de hecho que eventualmente serían censurables por error de esta naturaleza y no en razón de que en el acta en referencia se hubiera violado —sin que como se dijo el censor explique y demuestre tal violación— la preceptiva probatoria sobre el particular.

8. Y respecto del primer cargo, encarrilado por vía directa, o sea sin modificar las conclusiones fácticas del sentenciador, éstas quedarían en pie y en especial las que consisten en que hubo cesión de bienes de la deudora a los acreedores; y que si bien no les transfirió la propiedad de los mismos, sí fueron éstos los que procedieron a transferirlos a la demandada y que, en consecuencia “entre ella y la demandante no hubo contrato alguno”. Apreciación fáctica que fue soporte fundamental del fallo y que, al acusarlo por vía directa, no puede desconocerse ni reemplazarse por otra diferente.

9. De todo lo relatado debe concluirse que los cargos en comentario no están llamados a prosperar.

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 dictada el 2 de junio de 1981 por el Tribunal Superior de Cúcuta, en este proceso ordinario de Lucila Zapata de Gómez, contra Los Tigrillos Limitada.

Costas en casación a cargo de la recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

RECURSO DE CASACION CONTRA AUTOS INTERLOCUTORIOS

Procedencia del recurso extraordinario cuando el auto tiene fuerza de sentencia y pone fin a la actuación.

OMISION DEL TERMINO DE PRUEBAS

No puede quedar al arbitrio del juzgado definir si el tema debatido es de puro derecho y no necesita pruebas, máxime cuando las partes las solicitaron y no les fueron decretadas. La omisión del decreto de pruebas oportunamente pedidas acarrea la nulidad de lo actuado.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Bogotá, 31 de marzo de 1982.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante contra el auto del 11 de febrero de 1981, dictado por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario de American Pipe & Construction International, contra Construcciones Saab Limitada y otros.

Antecedentes

1. Por vía de queja y por decisión de la mayoría de la Sala, la Corte admitió el recurso de casación interpuesto por la demandante contra el auto en cuestión, mediante el cual el Tribunal decidió adversamente a la demandante la excepción de prescripción propuesta como previa por algunos de los demandados.

2. En demanda ordinaria del 20 de noviembre de 1978, que correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, la sociedad extranjera establecida en Colombia, American Pipe & Construction International, trajo a juicio a Construcciones Saab Limitada, Hamid Saab Dieb, Miguel Saab y Miguel Saab Dieb, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

“Principal y consecuenciales:

a) Que ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab y Hamid Saab Dieb han incumplido la obligación de pagar setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48), saldo del precio e intereses

contratados con ‘American Pipe & Construction International’ en la compraventa de una pala mecánica, marca Bucyrus, Modelo B. N° 116455, según detalles que de tal contrato refiero en los ‘hechos’ de este libelo;

“b) Que, en consecuencia, para cumplir el contrato celebrado entre ‘American Pipe & Construction International’ y ‘Construcciones Saab Limitada’, del cual hicieron parte como garantes los señores Miguel Saab Saab y Hamid Saab Dieb, tanto la sociedad como los garantes deben pagar en forma solidaria a mi cliente la suma de setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48), por concepto de saldo de capital e intereses corrientes;

“c) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab y Hamid Saab Dieb deben pagar a mi cliente en forma solidaria y como resarcimiento de perjuicios, intereses de mora calculados como indica la ley y en la siguiente forma:

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de mayo de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de junio de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de julio de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de agosto de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de septiembre de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de octubre de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de noviembre de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de diciembre de 1974, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.225, desde el 20 de enero de 1975, hasta que se cancele la obligación.

Sobre \$ 64.175, desde el 20 de febrero de 1975, hasta que se cancele la obligación;

“d) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab y Hamid Saab Dieb deben pagar en forma solidaria las costas completas de este juicio:

“1ª Subsidiaria y consecuenciales.

“a) En subsidio de lo anterior, que ‘Construcciones Saab Limitada’ ha incumplido la obligación de pagar setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48), saldo del precio e intereses contratados con ‘American Pipe & Construction International’ en la compraventa de una pala mecánica marca Bucyrus, Modelo 71 B, número 116455, según los detalles que de tal contrato refiero en los ‘hechos’;

“b) Que, en consecuencia, para cumplir el contrato celebrado entre ‘American Pipe & Construction International’ y ‘Construcciones Saab Limitada’ esta sociedad debe pagar a mi cliente la suma de setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48) por concepto del saldo de capital e intereses corrientes;

“c) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’ debe pagar a mi cliente, como resarcimiento de perjuicios, intereses de mora calculados como indica la ley y en la misma forma descrita en el literal ‘c’ del pedido principal;

“d) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’ debe pagar las costas completas de este juicio.

“2ª Subsidiaria y consecuenciales.

“a) En subsidio de todo lo anterior, que ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab, Hamid Saab Dieb y Miguel Saab Dieb han enriquecido sin causa su patrimonio en detrimento de ‘American Pipe & Construction International’, a consecuencia de que esta no puede emplear otras acciones para recuperar de ellos setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con

cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48), saldo insoluto de capital e intereses garantizados por Miguel Saab Saab y Hamid Saab Saab y contratados al vender una pala mecánica marca Bucyrus, Modelo 71 B, número 116455, según detalles que de tal contrato refiero en los ‘hechos’ de este libelo;

“b) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab y Hamid Saab Dieb, deben pagar a mi cliente en forma solidaria la suma de setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48); y que Miguel Saab Dieb debe concurrir al pago de la cantidad mencionada en la medida en que ese enriquecimiento le haya aprovechado;

“c) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab y Hamid Saab Dieb, deben pagar a mi cliente en forma solidaria, como resarcimiento de perjuicios, intereses calculados como indica la ley para el caso de mora y en la manera descrita en el literal ‘c’ del pedido principal; y que Miguel Saab Dieb debe concurrir a dicho pago en la medida en que ese enriquecimiento le haya aprovechado;

“d) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab y Hamid Saab Dieb, deben pagar en forma solidaria las costas completas de este juicio, y que Miguel Saab Dieb, debe concurrir a dicho pago en la medida indicada en los dos literales anteriores.

“3ª Subsidiaria y consecuenciales.

“a) En subsidio de todo lo anterior, que ‘Construcciones Saab Limitada’, y/o Miguel Saab Saab, Hamid Saab Dieb y Miguel Saab Dieb, han enriquecido sin causa su patrimonio a cargo de ‘American Pipe & Construction International’ a consecuencia de que esta no puede emplear otras acciones para recuperar de ellos setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48), saldo insoluto de capital e intereses contratados al vender una pala mecánica marca Bucyrus, Modelo 71 B, número 116455, según detalles que de tal contrato refiero en los ‘hechos’ de este libelo;

“b) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab, Hamid Saab Dieb y Miguel Saab Dieb, deben pagar a mi cliente la suma de setecientos un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 701.064.48); en la medida en que ese enriquecimiento favorezca a cada uno de ellos;

“c) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab, Hamid Saab Dieb y Miguel Saab Dieb, deben pagar a mi cliente como resarcimiento de perjuicios, intereses calculados como indica la ley para el caso de mora y en la manera descrita en el literal ‘c’ del pedido principal; en la medida en que ese enriquecimiento favorezca a cada uno de ellos, y

“d) Que, en consecuencia, ‘Construcciones Saab Limitada’, Miguel Saab Saab, Hamid Saab Dieb y Miguel Saab Dieb, deben pagar las costas de este juicio, en cuanto se hayan beneficiado de los hechos patrimoniales descritos atrás”.

3. Los hechos en que la demandante estructuró su causa para pedir, pueden resumirse así:

a) American Pipe vendió a Construcciones Saab, sociedades ambas de carácter comercial, una pala mecánica, previa oferta o cotización de venta, por valor de \$ 1.456.000.00, siendo exigibles \$ 300.000.00 con anticipación a la entrega de la pala y el saldo en 18 contados mensuales de \$ 64.225.00 cada uno, con intereses del 20% anual y “respaldados” con sendas letras de cambio, las que por tanto no se entregarían en pago sino como garantía, tal como lo expresa la susodicha oferta;

b) El traspaso del aparato se efectuaría una vez cancelado todo el precio, según la misma oferta, que fue suscrita, en señal de aceptación por Hamid Saab Dieb, representante legal de Construcciones Saab Limitada. Y la pala fue entregada por la demandante a satisfacción de la sociedad compradora, según constancia escrita del 29 de agosto de 1973, previo el pago del contado inicial;

c) Además, la vendedora recibió en garantía las 18 letras de cambio en cuestión, giradas por su Gerente Suplente Luis Carlos Forero, teniendo como beneficiario a American Pipe & Construction International y que fueron debidamente aceptadas en forma personal por Hamid Saab Dieb y Miguel Saab Saab, letras que no fueron endosadas ni negociadas, de modo que a ellas solamente están vinculadas las personas anteriormente nombradas, y de las cuales únicamente están canceladas las ocho primeras, quedando insolutas las restantes, por valor de \$ 642.000.00 más sus intereses;

e) (sic) Cuando Construcciones Saab ya estaba en mora de pagar varias de las cuotas pacta-

das, le hizo saber a la demandante que deseaba traspasar la pala a un tercero, quien se haría cargo del saldo insoluto del precio, negociación que en últimas no pudo llevarse a cabo, no sin que Construcciones tratara de responsabilizar de ese fracaso civil y penalmente ante las autoridades judiciales, a American Pipe, sin éxito alguno;

d) Pero entre tanto la demandante consideró prudente dejar en suspenso el cobro de las letras que garantizaban el pago, motivo por el cual se operó su prescripción, no obstante que en la contabilidad de Construcciones Saab aún figura su insoluta deuda a favor de American Pipe, y

e) De lo anterior resulta que el activo de Construcciones Saab se incrementó con el valor de la pala en cuanto no ha cancelado el saldo de su precio, con evidente desmedro del patrimonio de American Pipe, motivo para que esta sociedad acuda ahora a las autoridades en busca de justicia.

4. Después de notificado el auto admisorio de la demanda a Miguel Saab Dieb y a Hamid Saab Dieb en su propio nombre y como representante legal de Construcciones Saab Limitada, y por medio de curador *ad litem* a Miguel Saab Saab, el primero de los nombrados, en su doble carácter, propuso por trámite previo excepción de prescripción o caducidad que, en síntesis, hizo consistir en que las letras referidas se habían entregado en pago y no en garantía, que todas las insolutas estaban prescritas, pues la última de ellas se había vencido el 20 de febrero de 1975 y el auto admisorio de la demanda se le había notificado más de 4 años después, o sea “el 29 de marzo de 1979”, y que la acción subsidiaria de enriquecimiento sin causa ya había prescrito o caducado para esa fecha, pues a lo sumo se extendió por un año contado después de la prescripción trienal de la última de las citadas letras, o sea dejó de tener vigencia para el 20 de febrero de 1975.

5. Cumplido el trámite abreviado que dichos demandados solicitaran se imprimiera a tales excepciones, a las cuales se opuso la demandante, habiendo pedido pruebas que no le fueron decretadas, el juzgado desató el incidente en auto del 17 de octubre de 1980 declarando no probadas ni la excepción ni la caducidad en comentario, decisión que fue apelada por los excepcionantes y fue revocada por el Tribunal en auto del 11 de febrero de 1981, en el sentido de acoger “la excepción de prescripción de la acción, alegada por la parte demandada”.

6. Y contra este pronunciamiento interpuso casación la demandante, recurso que le negó el Tribunal, pero que la Corte admitió por vía de queja y que ahora corresponde decidir.

Las motivaciones del auto impugnado

1. Comienza por sentar que se trata de un asunto de simple derecho y que el juzgado lo decidió una vez vencido el término de traslado a la demandante.

2. Agrega que en los títulos-valores de contenido crediticio, la declaración cambiaria originaria que hace el librador crea un vínculo cambiario que necesariamente presupone otra relación antecedente no cambiaria, conocida con el nombre de relación jurídica fundamental, obligación subyacente o contrato originario que, desde el momento de la creación del documento, vincula a quienes la hacen, de manera que la causa de las letras de cambio debe buscarse fuera de dichos documentos, o sea en el contrato original o subyacente que les dio origen y determinó su creación.

3. Explica que siendo la letra de cambio un título de crédito destinado por naturaleza a circular, su detentador, si es una persona totalmente extraña a la relación originaria, no depende, en cuanto a sus derechos como tal, de las relaciones jurídicas antecedentes que originaron el instrumento, de donde concluye que las llamadas "excepciones causales" sólo pueden tener eficacia entre personas ligadas por relaciones inmediatas.

4. En cuanto a "la acción de enriquecimiento sin causa" consagrada en el artículo 882 del Código de Comercio, está justificada por una noción de equilibrio operante cuando la acción cambiaria ha desaparecido por prescripción o caducidad y, cuando se trata de varios títulos-valores de estas condiciones que muestran distintas fechas de vencimiento, debe analizarse en forma independiente para cada una de ellas.

5. Y como el artículo 882 del Código de Comercio, establece que, de no pactarse cosa distinta, la entrega de letras de cambio valdrá como pago de una obligación anterior, la falta de prueba en contrario en el presente pleito significa que dichas letras fueron entregadas en pago del saldo del precio de la pala vendida por la demandante, pues "en el cuerpo de los referidos documentos ni en ningún otro título que forme unidad jurídica con aquellos, encontramos anotación alguna que nos diga y lleve a creer que al

crearse los mismos, las partes acordaron su no negociabilidad; es decir, que se entregaron en garantía (artículo 659 del Código de Comercio)".

6. Del examen de las letras en cuestión, acompañadas con la demanda, aparece que la más reciente de ellas tenía vencimiento para el 20 de febrero de 1975, o sea todas quedaron prescritas a más tardar para el 20 de febrero de 1978, conforme al artículo 789 del citado Código, pues la actual demanda sólo vino a presentarse el 26 de noviembre de dicho año.

Y la "acción de enriquecimiento sin causa", valedera durante el año siguiente a la caducidad o prescripción de dichas letras, caducó para todas ellas el 20 de febrero de 1979, pues el auto admisorio de la demanda sólo fue notificado a los excepcionantes el 20 de abril siguiente, sin que la presentación de la demanda hubiera interrumpido la prescripción o caducidad de esta última acción pues "el emplazamiento de Miguel Saab Saab no se cumplió dentro de los dos meses siguientes al vencimiento de los 10 días de que habla el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil" y la notificación al curador respectivo se cumplió diez meses después.

Y si bien las boletas de citación a los demandantes fueron libradas por el juzgado el 11 de enero de 1979, el demandante no proveyó lo necesario para notificar a los demandados dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda, de manera que la simple presentación de esta no interrumpió en este caso la prescripción.

De todo lo cual concluye que las excepciones propuestas están llamadas a prosperar, como así pasa a decretarlo en el auto contra el cual cursa el recurso de casación interpuesto por la demandante y que ahora ocupa a la Corte.

La demanda de casación

Trae siete cargos: el primero, el tercero, el cuarto y el quinto por la causal primera; el segundo y el sexto por la segunda; y el séptimo por la quinta, que al estudiarse en su orden lógico y al estar el último de ellos llamado a prosperar, a él contrae la Corte su examen y decisión.

Séptimo cargo. En el ámbito de la quinta causal de las previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta el recurrente que se incurrió en la causal de nulidad prevista

en el numeral 6 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, pues, con violación de los artículos 137, numeral 3, y 183, inciso 2 del mismo las dos por falta de aplicación, se omitió el término para pedir y practicar pruebas durante el incidente de excepciones.

Y así desenvuelve la censura:

La parte actora tiene interés en que se declare esta nulidad, porque las pruebas que pidió oportunamente deben permitir demostrar que las letras fueron entregadas en garantía, y que por ello no hay lugar a aplicar en este caso las prescripciones que contempla el artículo 882 del Código de Comercio. También deben servir esas pruebas para establecer que la prescripción de las acciones causales y cambiarias enriquece, en perjuicio de la actora, a los socios de "Construcciones Saab Limitada".

Se funda la causal en la omisión de la admisión y práctica de pruebas en el trámite del incidente de excepciones (artículo 137, número 3 del Código de Procedimiento Civil). El apoderado de los excepcionantes pidió pruebas; y lo mismo hizo el de la parte actora al contestarle; sin embargo, el juez no las decretó ni decidió nunca sobre su admisión (artículo 183, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil).

Considera la Corte

1. Como quiera que para decidir el recurso nuevamente la Sala habrá de estudiar si, como mayoritariamente lo ha venido decidiendo, este es procedente por tratarse de impugnar por vía de casación una providencia que aun cuando siendo en su forma simple auto, sin embargo tiene fuerza de sentencia y pone fin a la actuación, a más de los razonamientos ampliamente expresados por la mayoría de la Sala en otras ocasiones sobre el particular, no sobra agregar en esta nueva ocasión que casi siglo y medio atrás ya los comentaristas de la ley de enjuiciamiento civil española y la ley misma, que en grado importante inspiraron las normas procesales colombianas, contemplaron y resolvieron esta específica situación y, en los motivos de la ley de enjuiciamiento Civil de 1853, dijeron con acierto: "El recurso de casación es extraordinario, es un remedio supremo, al que sólo debe abrirse la puerta en defecto de otro medio ordinario: a no ser así perdería en gran parte su importancia, comprometería a los litigantes en gastos, y abrumaría al Tribunal Supremo con negocios que no deben ser de su competencia. Por eso la comisión

sólo lo admitió contra las sentencias pronunciadas en juicio ordinario que fueran definitivas. Si bien bajo esta palabra comprendió las que deciden un artículo, que pone término al juicio, y hace imposible su continuación: . . . (subraya la Corte). Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pedro Gómez de la Serna (edición de 1857, páginas 189 y 190).

Se trata de un antecedente que, así sea foráneo y no necesariamente vinculante, no deja de tener hoy día apreciable significado.

Todo lo anterior sin que sobre anotar que el llamado "fetichismo de la ley escrita", es criterio deformante para su recta interpretación.

2. Y ya en el terreno propio del cargo en estudio, se observa:

La omisión del término de pruebas, para que engendre nulidad, debe implicar un evidente cerceamiento del derecho esencial que asiste a las partes para pedir pruebas y para que le sean decretadas y practicadas, con notorio desconocimiento del fundamental derecho de defensa.

3. Así entendida la causal de nulidad alegada, muestra el expediente que los excepcionantes pidieron pruebas, ya existentes en los autos (folio 1 vuelto, cuaderno 2).

Y a su turno, el demandante y contradictor del incidente de excepciones y ahora recurrente en casación, formuló expresa y amplia solicitud de pruebas a su favor (folio 4 ibídem), que al igual que la de su contraparte, nunca mereció despacho afirmativo ni negativo, del a quo.

4. Sea de advertir que al desatar la apelación interpuesta por los excepcionantes, pues el auto en que el juzgado la decidió fue favorable a la demandante, quien en consecuencia carecía a la sazón de interés jurídico procesal para reclamar contra tal proveído, dijo el Tribunal en sus motivaciones que el asunto debatido era de puro derecho y que, por tanto, el juzgado le había dado esa suerte de tratamiento y de ahí que su pronunciamiento se hubiera producido sin abrir debate probatorio, haciendo caso omiso de las peticiones que al respecto las partes habían formulado.

Pero esta consideración, o sea que el asunto fuera de puro derecho y que de cierto no la efectuó el a quo, es intrascendente, pues no puede quedar al arbitrio del juzgado definir si el tema debatido es de simple derecho, máxime si las

propias partes, en ejercicio de su derecho de postulación han considerado necesaria, y desde luego solicitado la práctica de las pruebas que, con evidente autonomía, juzguen convenientes y pertinentes para la legítima defensa de sus intereses en litigio. Mas aún, si, como ocurrió en el incidente referido, los excepcionantes alegaron que las letras de cambio se habían entregado en pago y el demandante sostuvo, por lo contrario, que lo habían sido en garantía, posiciones ambas antagónicas y de indiscutible sabor fáctico.

5. Pidió, pues, pruebas el demandante y ningún pronunciamiento hizo al respecto el sentenciador de primer grado, ni vino a hacerlo el de segundo. Esta ausencia u omisión implica ciertamente un claro cercenamiento del derecho a pedir y obtener el decreto y la práctica de pruebas y un notorio incurrimento en la referida causal de nulidad, que por demás no fue saneada en forma alguna, pues no hubo pronunciamiento expreso negatorio de las pruebas solicitadas, no sin recordar que el auto del juzgado fue favorable al demandante.

De ahí que el cargo esté llamado a prosperar, con las consecuencias que al efecto prevé el inciso 4 del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA el auto dictado el 11 de febrero de 1981 por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario de American Pipe & Construction International, contra Construcciones Saab Limitada, Hamid Saab Dieb, Miguel Saab Saab y Miguel Saab Dieb y en su lugar, DECRETA la nulidad de la actuación a partir del auto del 17 de octubre de 1980 inclusive, dictado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, y ordena remitir el expediente al citado Tribunal para que de allí pase al juzgado con el fin de que se proceda a renovar la actuación anulada, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

Sin costas en casación.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores
Humberto Murcia Ballén y Alberto Ospina
Botero.

1. En repetidas oportunidades hemos disentido de la doctrina mayoritaria de la Corte consistente en la admisibilidad del recurso de casación contra los autos interlocutorios y, por consiguiente, en providencias múltiples hemos salvado nuestro voto, fundándolo en diversas y muy variadas razones de orden jurídico, de las que es trasunto fiel la salvedad que por el mismo motivo se consignó en este expediente para el auto del 18 de mayo pasado, por medio del cual se concedió en este proceso el recurso de casación interpuesto contra la providencia que, por vía incidental, declaró probada la excepción de prescripción.

Hoy, frente a la decisión que resuelve en el fondo y positivamente ese recurso extraordinario, discrepamos una vez más del criterio mayoritario de la Sala en ese específico punto, y para fundamentar nuestro disentimiento damos por reproducidas aquí las razones consignadas en esa salvedad de voto, visible a los folios 112 a 114 del cuaderno "Recurso de queja" que integra el expediente.

2. Mas, como la sentencia de cuyas motivación y resolución nos separamos, quizás con el propósito de dar un nuevo fundamento al criterio mayoritario de la Sala, esgrime como argumento flamante en su apoyo la legislación española que sí admite *expresamente* la casación contra autos, por nuestra parte creemos oportuno observar hoy lo siguiente:

a) No ignoramos que la L.E.C. (artículo 1691), señala taxativamente los únicos casos en que procede el recurso de casación y las sentencias contra las cuales cabe, por lo que también allá como aquí resulta ser un recurso *limitado*.

Limita su procedencia a "las sentencias definitivas pronunciadas por las audiencias" (artículo 1689), aclarando el artículo siguiente que para el efecto de casación tienen carácter "de definitivas, además de las sentencias que terminan el juicio: 1º Las que recayendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación ...";

b) Ni desconocemos tampoco que otros sistemas positivos también consagran la procedencia de la casación contra ciertos autos: ello ocurre en la legislación francesa con los llamados "juzgamientos prejudiciales", pues resuelven inci-

dentes de procedimiento (artículos 607 y 608 *du Nouveau Code de Procédure Civile*); sucede lo propio en la ley italiana, en la que se habla como decisiones sometidas a casación de "las sentencias definitivas o interlocutorias" (artículo 517 Código de Procedimiento Civil); también en la alemana, la que alude para tal efecto a las "sentencias finales y las interlocutorias"; en la legislación venezolana (artículo 423, ordinal 2º, Código de Procedimiento Civil), que define como "sentencias definitivas" las que ponen fin al proceso, "decidiendo en el fondo, y las que sin resolver el pleito en el fondo deciden cuestiones incidentales"; análoga disposición se encuentra en la reciente ley de casación del Uruguay (14.861 de 8 de enero de 1979, artículo 14), en donde se determina como decisiones sujetas a dicho recurso extraordinario "las sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitiva, dictadas en segunda instancia por los tribunales de apelaciones";

c) Pero lo que no puede olvidarse es, sencillamente, que si esas regulaciones positivas extran-

teras *si consagran expresamente* la procedencia del recurso de casación contra decisiones interlocutorias, o autos con fuerza de sentencia, la legislación colombiana no lo hace así. Pero si aquí, como allá, este medio de impugnación es de naturaleza eminentemente extraordinaria y se trata universalmente por tanto de un recurso *limitado*, no puede extenderse, por vía de una interpretación que rechaza la legislación restringida o cerrada, a otras decisiones judiciales que la ley no ha determinado como susceptibles de casación, ni muchísimo menos arguyendo que si la ley nacional colombiana no lo permite sí lo hacen las legislaciones foráneas.

En esta forma dejamos expuestas las razones de nuestro disenso, y por ello, con el respeto que nos merecen los colegas de Sala, salvamos nuestro voto.

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.



DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES

Las acciones que se derivan de cada uno de ellos difieren sustancialmente. La transmisión del dominio no comprende la de derechos y obligaciones personales del vendedor y, por consiguiente, la acción para establecer la responsabilidad extracontractual de quien por su culpa o dolo causa perjuicio sólo puede ser intentada por el perjudicado con el daño; en ningún caso por quien después adquiere el dominio de la cosa dañada.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

Proyectó la doctora *Helena Gutiérrez R.*, Magistrada Auxiliar.

Bogotá, 31 de marzo de 1982.

Decídese el recurso de casación interpuesto por las dos partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 17 de junio de 1980, en el proceso ordinario promovido por la Sociedad Conurbe Limitada frente a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "Corelca".

Antecedentes

1. Mediante escrito repartido al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla el 7 de abril de 1978, la sociedad urbanizadora Conurbe Limitada demandó a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "Corelca", establecimiento público creado por la Ley 59 de 1967, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que Corelca es responsable de los perjuicios sufridos y que siga sufriendo Conurbe Limitada, por la instalación y uso de torres y cables de conducción eléctrica dentro de los predios de su propiedad;

b) Que Corelca está obligada a retirar los citados cables y torres de la propiedad de la sociedad demandante en el término que para el efecto se le señale;

c) Que Corelca deberá cancelar a Conurbe Limitada el valor del daño emergente y el lucro

cesante que le causó y le sigue causando hasta cuando retire las torres y cables de conducción eléctrica mencionados y que si no lo hiciera en el término que se le ordene, deberá pagar a la sociedad demandante el valor comercial de sus predios, en cuyo caso ésta le transferirá a la demandada el dominio de aquéllos;

d) Que se condene a la parte demandada al pago de las costas del proceso.

2. Los hechos en que la parte actora fundamenta sus pretensiones son los que a continuación se resumen:

Que es propietaria de dos lotes de terreno que forman parte de un predio mayor denominado "Hollywood" y "Los Remedios", ubicados en la jurisdicción del Municipio de Soledad, Departamento del Atlántico, cuyos linderos se indican en la misma demanda.

Que adquirió estos terrenos por compra que hizo al Banco de Bogotá, según consta en la Escritura Pública número 1562 de 4 de julio de 1977 de la Notaría Cuarta del Circuito de Barranquilla y que el Banco, a su turno, los había adquirido en dación en pago de Rita Alzamora de Mancini, por Escritura Pública número 1349 de 9 de agosto de 1976 de la Notaría Primera del mismo Circuito.

Que en el año 1974 Corelca instaló en los referidos predios torres y cables de conducción eléctrica de alta tensión, inutilizándolos en su totalidad, sin autorización de la entonces propietaria Rita Alzamora viuda de Mancini.

Que la demandada se ha negado a indemnizar a la sociedad demandante por los perjuicios que le ha ocasionado, así como a retirar las torres y cables en mención.

Que por tal razón la sociedad Conurbe Limitada no ha podido urbanizar los predios antes citados, que hacen parte de la urbanización El Tulcán, no obstante haber obtenido la financiación necesaria para llevarla a cabo.

Que como consecuencia de la conducta de la demandada, la actora ha sufrido y sigue sufriendo gravísimos perjuicios por daño emergente y lucro cesante.

3. En la contestación al libelo, Corelca se opuso a las pretensiones de la demandante manifestando que la Ley 59 de diciembre 26 de 1967 que la creó, en su artículo 15 le confirió el derecho de ocupar las vías públicas y de imponer servidumbres para conducciones eléctricas, telefónicas o hidráulicas, de acuerdo con las leyes vigentes, en desarrollo de su objetivo señalado en el artículo 2º *ibidem*, de proyectar, construir y explotar centrales generadoras de electricidad, a base de energía hidráulica o térmica y sistemas principales de transmisión para suministro de fluido eléctrico en bloque a las empresas electricificadoras y los complejos industriales y agrícolas, dentro del área de su jurisdicción, y que, por tal virtud, con el consentimiento de Rita Alzamora viuda de Mancini, construyó en los predios de su propiedad unas torres de conducción eléctrica que ocupan una extensión de 50 metros cuadrados más o menos, y que, por lo demás, no es cierto que dichas torres hubieran inutilizado los referidos terrenos, pues éstos fueron objeto de negociaciones posteriores.

Que, en consecuencia, no está obligada a reconocer o pagar indemnización alguna a la demandante ni a retirar las torres y cables de conducción eléctrica, para lo cual también se respalda en lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 126 de 1938.

4. Surtida la primera instancia, el juez del conocimiento le puso fin con su sentencia de 3 de diciembre de 1979, acogiendo todas las pretensiones de la demanda, fijando en concreto el monto de los perjuicios causados y que se causaren en adelante y condenando a la demandada al pago del valor comercial de los terrenos, en el caso de que no retirara de éstos las torres y cables tantas veces citados, evento en el cual la demandante transferiría a aquélla el dominio de tal propiedad.

5. Ambas partes interpusieron el recurso de alzada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el que, mediante providencia de 17 de julio de 1980, confirmó lo re-

suelto por el *a quo* en sus dos primeros numerales, en los que a la letra se lee:

“Declarase que la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, ‘Corelca’ es civilmente responsable de los perjuicios sufridos y que siga sufriendo la sociedad Conurbe Limitada, perjuicios causados a consecuencia de la instalación y uso por parte de la demandada de torres y cables de conducción eléctrica de alto voltaje en terrenos de propiedad de la sociedad demandante.

“Dentro del término de sesenta (60) días, contados a partir de la ejecución de esta providencia, la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, ‘Corelca’, deberá retirar los cables y torres de los predios de propiedad de Conurbe Limitada”.

Revocó luego lo relativo a los perjuicios y al pago del valor comercial de los terrenos y condenó a la demandada a “pagar perjuicios en abstracto a la parte demandante, los cuales se liquidarán con arreglo a lo que dispone el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil”.

Contra este fallo del Tribunal interpusieron casación las dos partes, recurso que, por estar debidamente rituado, procede la Corte a resolver.

Motivación del fallo impugnado

En su parte considerativa comienza el juzgador por precisar que la acción se dirige a establecer la responsabilidad de la demandada, por la ocupación de hecho en terrenos de propiedad de la demandante, para observar en seguida que cuando Conurbe Limitada los compró al Banco Bogotá ya se habían instalado en ellos, desde varios años atrás, las torres y los cables, “aparentando una servidumbre legal en los términos del artículo 18 de la Ley 126 de 1938, pero con la evidencia de que no se llenaron los requisitos prevenidos por el artículo 14 de la Ley 59 de 1967, para tener derecho a la ocupación de inmuebles conforme con el artículo 15 de la misma ley”.

El hecho de que la referida ocupación se hubiera efectuado desde mucho antes de la adquisición de dichos terrenos por la demandante, sostiene el juzgador, no impide que ésta puede incoar la correspondiente acción, ya que el derecho que tenía Rita Alzamora viuda de Mancini se transfirió con la enajenación de los mismos, primero al establecimiento bancario que los obtuvo y después a la sociedad urbanizadora Conurbe Limitada.

Respecto al avalúo de los predios ocupados en 1973, realizado por los peritos Eduardo Ripoll y Fernando Bacilleri, el *ad quem* lo rechaza al afirmar que aquéllos han debido ser avaluados de conformidad con la cotización del metro cuadrado en la jurisdicción del Municipio de Soledad en ese entonces y no por el valor comercial actual, que podría originar enriquecimiento sin causa en el nuevo adquirente.

Concluye el Tribunal de su análisis sobre la ocupación de los lotes y la época en que ésta ocurrió, "que hay responsabilidad civil de la entidad demandada, porque siendo una iniciativa inconsulta y contraria a lo que dispone el artículo 14 de la Ley 59 de 1967, se origina la indemnización de perjuicios a favor de la demandante", perjuicios que deben evaluarse de acuerdo con el precio que tenían en 1973 y no por el que los mencionados peritos le asignaron.

El recurso extraordinario

Seis cargos formulan las partes contra la sentencia que se acaba de extractar con fundamento en la causal primera de casación, uno de los cuales propone la demandante y los cinco restantes la demandada. De estos últimos se estudiará únicamente el segundo, porque la Corte encuentra que está llamado a prosperar.

Segundo cargo. Se hace consistir en infracción directa, por aplicación indebida de los artículos 261 y 263 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941); 14 de la Ley 59 de 1967 y 1613, 1614, 2341, 2342, 2343, 2356 del Código Civil; y por falta de aplicación de los artículos 658, 660 y 661 en relación con los 1886, 1517, 1518 y 1884 del Código Civil.

1. Para sustentar el cargo el recurrente refiere los siguientes hechos que el Tribunal acepta en su parte motiva y que, por ajustarse a la realidad del proceso, no ofrecen contraevidencia alguna:

a) Que la ocupación de los terrenos con la instalación de las torres y líneas de conducción eléctrica, invocada como fundamento de las pretensiones de la demanda, ocurrió en 1973;

b) Que tal instalación se llevó a cabo "aparentando una servidumbre legal, en los términos del artículo 18 de la Ley 126 de 1938", expresión la transcrita en la que el gerundio 'aparentando' está empleado indudablemente en el sentido legal que el adjetivo 'aparente' le asigne el artículo 882, inciso 3º del Código Civil, o sea en el de

manifestación externa de la existencia de un servicio constitutivo de servidumbre";

c) Que cuando tuvo lugar la ocupación de los terrenos, éstos pertenecían a Rita Alzamora de Mancini, quien luego los enajenó al Banco de Bogotá, el cual, a su vez, los vendió en 1977 a la sociedad Conurbe, varios años después de haberse producido la ocupación aludida.

2. Lo anterior significa, manifiesta el recurrente, que cuando Corelea entró a ejercer el derecho de servidumbre legal de uso público (artículo 897 del Código Civil), los terrenos pertenecían a Rita Alzamora de Mancini, por manera que las contraprestaciones correspondientes a la imposición de esa servidumbre nacieron a favor de ella. Sin embargo, en la sentencia acusada, el derecho de tales contraprestaciones, llamadas por ésta perjuicios, aparece reconocido a favor de la demandante Conurbe con base en que ésta compró al Banco de Bogotá un litigio, el cual había adquirido de la antigua propietaria de los predios, Rita Alzamora de Mancini, por virtud de los efectos legales de la venta de estos inmuebles.

Es decir, que para el Tribunal, por el sólo hecho de la referida enajenación, quedaron implicados los derechos personales que originalmente adquirió la citada propietaria contra Corelea por el establecimiento de la servidumbre en mención. O sea que para el *ad quem*, expresa el censor, "la venta de un inmueble lleva consigo, de suyo y como algo propio de la naturaleza del contrato de venta (artículo 1501 del Código Civil), la de los derechos que el vendedor pueda tener a ser indemnizado por terceros por causa de daños causados por éstos a la cosa vendida".

3. Advierte el impugnante en seguida, que tal postulado configura un error jurídico manifiesto, por cuanto, "en primer lugar, se echa de menos que el derecho a la reparación es personal y en todo sentido diverso del real de dominio sobre la cosa vendida, que aunque haya nacido por razón de la cosa vendida, es autónomo y absolutamente independiente del de dominio; que para decirlo de manera más técnica, aquél no es derecho accesorio de éste, a la zaga del cual debe ir hacia donde el dominio fuere a parar". Esta tesis desconoce que los accesorios de los inmuebles son sólo los bienes a que se refieren los artículos 658, 660 y 661 del Código Civil, lo que hace que ellos queden comprendidos en la venta del inmueble principal a que cedan (artículo 1886 del Código Civil), y así mismo olvida que, conforme al artículo 1502, no puede existir obligación sin un objeto, el que, según los artículos

1517 y 1518 *ibidem*, debe ser determinado, “de suerte que sólo él (y los que en casos de excepción implica, como en el contemplado en el artículo 1886 antes citado), es lo debido por el respectivo deudor. Por ello, el artículo 1884 es claro y terminante al decir que ‘el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato’, y sólo eso”.

4. Demostrado así el error jurídico en que incurrió el Tribunal, queda al mismo tiempo establecido que Conurbe no es titular de los derechos sustanciales que pretende hacer valer, o sea “que carece de legitimación en causa suficiente para aspirar a las declaraciones y condenas que en su favor y en contra de Corelca formula en el libelo de demanda”.

Y si a pesar de haberse definido tal situación, el juzgador acogió las peticiones de la actora, aplicó indebidamente las disposiciones que reconocen la acción indemnizatoria por causa de la ejecución de trabajos públicos (artículos 261 y 263 de la Ley 167 de 1941) y las generales sobre responsabilidad civil extracontractual indicadas en el inicio del cargo. Hubo además aplicación indebida del artículo 14 de la Ley 59 de 1967, “en cuyo desacato por Corelca hizo recaer el Tribunal la causa inmediata de la responsabilidad”.

Se considera

1. *Declara el fallador responsable a la demandada de los perjuicios sufridos por la demandante, fundamentado principalmente en que ésta había adquirido junto con la compra de los terrenos ocupados con la instalación de las torres y cables de conducción eléctrica los derechos y obligaciones de su vendedor, el que, a su vez, los obtuvo de la propietaria que fuera inicialmente perjudicada con tal instalación, como se desprende de su motivación al interpretar el parecer de la parte actora así: “Como que la adquirente compró un litigio vale decir, el derecho que habría podido hacer valer el establecimiento bancario, se radicó en la empresa urbanizadora, merced a los efectos legales de la venta de los expresados predios; aun más, el derecho que tenía la señora Rita Alzamora viuda de Mancini, como antigua propietaria de los mismos”.*

Esta argumentación, como bien lo señala el recurrente, significaría que “la venta de un inmueble lleva consigo de suyo y como algo propio de la naturaleza del contrato de venta (artículo 1501 del Código Civil) la de los derechos que el vendedor pueda tener a ser indemnizado por terceros por causa de daños causados por estos

a la cosa vendida”, llegándose así al error de considerar que el derecho personal que surge a favor del dueño de un predio por perjuicios causados a éste, necesariamente accede al derecho real de dominio que aquél transfiera sobre esa misma propiedad a su comprador, como consecuencia del contrato de venta celebrado con este último.

2. *Difieren esencialmente las acciones que se derivan de los derechos reales de las que se originan en los derechos personales, pues mientras aquellos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 665 del Código Civil, son los que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, como los de dominio, herencia, usufructo, uso y habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca, estos son los que nacen de una obligación de una persona o deudor hacia otra o acreedor surgida de un acto jurídico como un contrato o cuasicontrato, de un hecho ilícito como un delito o cuasidelito, o de la ley, según se infiere de los términos del artículo 666 *ibidem*.*

La misma diferencia en la naturaleza de la relación jurídica entre esas dos clases de derechos, se refleja en características y modalidades especiales que le dan a cada uno de ellos su autonomía, independencia y entidad propia, que deberán ser tenidas en cuenta siempre que se trate de establecer, transferir, proteger o reclamar alguno de tales derechos, y no puede, por lo tanto, confundirse uno con otro como lo hiciera el ad quem, cuando sostuvo que con la sola transmisión del dominio sobre los terrenos ocupados con las instalaciones de conducción eléctrica, quedaron comprendidos los derechos y obligaciones personales del vendedor.

3. *La acción que tiene por objeto establecer la responsabilidad extracontractual de quien por su culpa o delito ha causado daño a otro y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios, es de carácter personal y, en consecuencia, sólo puede intentarse por el que ha sido perjudicado con el daño, como se deduce del artículo 2342 del Código Civil y no simplemente por quien después adquiera el dominio de la cosa dañada, pues, se repite, el derecho personal no es accesorio del real, y para que pueda transmitirse a persona diferente de su titular es necesario que se dé cumplimiento a las normas relativas a la cesión de derechos de que trata el título XXV del Libro IV del Código Civil.*

4. *De los hechos consignados en la demanda se tiene que la sociedad demandante es actualmente propietaria de dos lotes de terreno que*

forman parte de un predio de mayor extensión denominado "Hollywood" y "Remedios", ubicado en jurisdicción del Municipio de Soledad, en el Departamento del Atlántico, por compra que hizo al Banco de Bogotá el 4 de julio de 1977; que esta entidad bancaria los había adquirido por dación en pago de Rita Alzamora viuda de Mancini el 9 de agosto de 1976 y que en el año de 1974, cuando dichos lotes eran de propiedad de esta última, la demandada "Corelca", "sin mediar autorización de ninguna clase, instaló en ellos torres y cables de conducción eléctrica de alta tensión que los han inutilizado en su totalidad, mientras tales elementos permanezcan allí".

La perjudicada con esta instalación fue entonces la citada Rita de Mancini, a cuyo favor, por la misma razón, nació el derecho personal de reparación contra la aquí demandada por el daño sufrido en su propiedad, derecho que no puede invocar la sociedad demandante, en primer lugar, por no haberlo adquirido como resultado del contrato de compraventa mediante el cual le fue transferido el dominio de los referidos terrenos, y en segundo lugar, porque no fue ella la perjudicada con la ocupación de las instalaciones de conducción eléctrica, las que, como ya se indicó, hacían parte del inmueble cuando se celebró el mencionado contrato.

5. De todo lo dicho se concluye que no siendo la actora titular de los derechos sustanciales que pretende hacer valer en este proceso, carece de legitimación en causa para pedir las declaraciones y condenas consignadas en la demanda, y, en consecuencia, debe procederse a casar la sentencia del ad quem absolviendo a la demandada de todos los cargos, como ha de hacerse en este caso, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, que al referirse a los presupuestos del proceso y precisar lo que se entiende por tal legitimación, dice:

"La legitimación en causa, por tanto, no es presupuesto del proceso; ella mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular de aquél. Si no existe legitimación por activa o por pasiva, pero se reúnen los cuatro presupuestos del proceso, entonces la sentencia debe ser absoluta, pues mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado o a quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que reclama; y del mismo modo sería absurdo declarar la inhibición por falta de legitimación en la causa, pues así se permitiría que el litigante ilegítimo promoviera nueva-

mente el proceso o contra él se suscitara otra vez, y se iniciara así una cadena interminable de inhibiciones.

"No puede confundirse, pues, la legitimación para el proceso, llamada también capacidad para comparecer a éste, con la legitimación en la causa. Es patente que aquella es un presupuesto procesal, como ya se vio, en tanto que esta es fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa" (sentencia de 4 de diciembre de 1981, no publicada aún).

6. Como el Tribunal acogió las súplicas de la demanda al confirmar los numerales 1º y 2º del fallo de primera instancia, mediante los cuales se había declarado civilmente responsable a la demandada de los perjuicios sufridos y que siga sufriendo la demandante, por las instalaciones de conducción eléctrica en predios de su propiedad, condenándola consecuentemente al retiro de tales instalaciones y al pago en abstracto de los citados perjuicios, incurrió en la violación directa de las normas sustanciales que el impugnante señaló en el encabezamiento del cargo, y, por tanto, como previamente se anotó, debe accederse a la petición de que la sentencia de segunda instancia sea casada y en su lugar la Corte profiere la que debe reemplazarla.

Sentencia sustitutiva

1. En el caso *sub lite* se hallan presentes los presupuestos procesales y no se advierte nulidad que pueda invalidar lo actuado e impida dictar fallo de mérito.

2. Como quedó plenamente establecido en el proceso, cuando la demandante Conurbe Limitada, adquirió el dominio de los dos lotes de terreno que forman parte de un predio mayor denominado Hollywood y Remedios, en jurisdicción del Municipio de Soledad, Departamento del Atlántico, por compra que hizo al Banco de Bogotá, mediante la Escritura número 1562 de 4 de julio de 1977 de la Notaría Cuarta del Círculo de Barranquilla, ellos ya estaban ocupados con las torres y cables de conducción eléctrica instalados por la demandada, Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, por cuanto esta ocupación se efectuó cuando la propietaria de los mismos era Rita Alzamora viuda de Mancini en el año de 1974.

La citada Corporación "Corelca", en uso de la facultad que le fue conferida por el artículo

15 de la Ley 59 de 1967, que la creó como establecimiento público, de imponer servidumbres para conducciones eléctricas, facultad respaldada además en el artículo 18 de la Ley 126 de 1938, cuyo texto reza: "Grávase con la servidumbre legal de conducción de energía eléctrica los predios por los cuales deban pasar las líneas respectivas", instaló las torres y cables en los terrenos aludidos, sin haber dado cumplimiento al trámite dispuesto por el artículo 14 de la precitada Ley 59 de 1967, que al respecto dice:

"Decláranse de utilidad pública los bienes necesarios para alcanzar los fines de la Corporación, la cual podrá demandar la expropiación de los que requerirán (sic) para dichos fines, cuando sus dueños no se avengan a la enajenación voluntaria y previa declaración de la necesidad por parte del Gobierno, a solicitud del Consejo Directivo. La expropiación se regirá por la Ley 20 de 1959".

3. En la contestación a la demanda "Corelca", al oponerse a las pretensiones de la actora, manifestó no estar obligada a reconocer indemnización alguna, ni a retirar las torres y cables referidos, en virtud de haber obtenido el consentimiento de Rita Alzamora de Mancini para dicha instalación y de no haber sido necesario, por tal razón seguir el procedimiento indicado en el mencionado artículo 14.

Y aunque esta afirmación no se comprobó en el proceso, quien habría podido reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos con esa instalación, por ser la titular de ese derecho personal, era la entonces propietaria de los terrenos ocupados y no la sociedad demandante, Conurbe Limitada, la cual los adquirió del Banco de Bogotá por un precio inferior a su valor, al decir de su mismo gerente, justamente por la servidumbre con que "Corelca" los había gravado en 1974 (folios 7 vuelto a 9, cuaderno número 4).

4. En la Escritura número 1349 de 9 de agosto de 1976 de la Notaría Primera de Barranquilla solamente consta que Rita Alzamora de Mancini transfirió por dación en pago el derecho real de dominio de los terrenos tantas veces citados al Banco de Bogotá (folios 6 y siguientes del cuaderno número 3), y en la Escritura número 1562 de 4 de julio de 1977, de la Notaría Cuarta de Barranquilla (folios 1 a 4 del cuaderno número 1), igualmente se lee que Conurbe Limitada adquirió el mismo derecho por compra que hizo al Banco aludido, sin que en ninguna de ellas se hubiera hecho mención alguna de la servidumbre legal de energía eléctrica o del derecho

a las contraprestaciones o reparaciones que de su imposición se hubiera derivado para quien inicialmente fue perjudicada con aquélla.

No aparece tampoco prueba alguna de que Rita Alzamora de Mancini haya hecho cesión de tal derecho al Banco de Bogotá o a la sociedad demandante Conurbe, de donde se sigue que esta no es titular de aquél, o sea que carece de legitimación en la causa para accionar por reparos extracontractual a la Corporación Eléctrica del Atlántico, "Corelca".

Y como ya se expresó en el despacho del cargo segundo, la sola transmisión del dominio sobre un bien no incluye la de los derechos personales que el vendedor haya adquirido por razón de la cosa vendida, los cuales son autónomos e independientes de aquél, y tiene señalado, por tanto, un modo propio para ser transferidos a terceros, como se desprende de las disposiciones contenidas en el Título XXV del Libro IV del Código Civil.

5. Como el *a quo* accedió a todas las pretensiones de la demandante el fallo de primera instancia debe ser revocado, la demandada absuelta de todos los cargos, y con condenación en costas de las instancias a la parte actora.

Decisión

A mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 17 de junio de 1980, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, y en su lugar REVOCA la sentencia de 13 de diciembre de 1979, dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla.

Resuelve:

1º NEGAR las súplicas de la demanda y absolver en consecuencia, a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica "Corelca" de todos los cargos que se le hicieron en ella.

2º CONDENAR en costas de las dos instancias a la parte demandante y sin ellas en el recurso de casación.

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

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

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

Deberes recíprocos que han de presidir la vida matrimonial: cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda. El deber de “vivir juntos” no puede circunscribirse a un remedo o apariencia de vida en común.

Para que se estructure la causal 2ª de separación de cuerpos no es necesario que el cónyuge culpable quebrante la totalidad de sus deberes: basta que omita cualquiera de ellos.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, 26 de abril de 1982.

A consecuencia del recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandada, procede la Corte a revisar la sentencia de 16 de octubre de 1981, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso abreviado de separación de cuerpos adelantado por Marina Gutiérrez de Arango contra Camilo Arango Arango.

Antecedentes

I. Mediante demanda presentada el 6 de septiembre de 1978, adicionada por escrito de 6 de febrero de 1979, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de su cónyuge demandado se decretase la separación indefinida de cuerpos, la disolución de la sociedad conyugal y se autorizase a los cónyuges para fijar domicilio y residencia separada.

II. La libelista apoya fundamentalmente sus pretensiones en los hechos que seguidamente se relacionan:

a) Que contrajo matrimonio católico con el demandado el 12 de marzo de 1950, de cuya unión nacieron seis hijos, actualmente mayores de edad;

b) Que desde hace tres años el demandado no cumple con sus deberes de marido, puesto que ha llegado “hasta el extremo de no dirigirle la palabra —a la demandante— desde entonces, ni

tenerla en cuenta absolutamente para nada”, considerándola como “un mueble más de la casa”;

c) Que el comportamiento precedente hace incurrir al demandado “también en la causal primera del artículo 154 del Código Civil . . . y, en su defecto, en el numeral 6º de la norma citada”.

III. Enterado el demandado Camilo Arango Arango del contenido de la demanda precedente, consignó su respuesta en escrito presentado el 31 de octubre, en el sentido de aceptar los hechos relativos al matrimonio y al nacimiento de sus hijos y de negar el restante y relacionado con las causales alegadas por la demandante, por lo que culmina con oposición a las súplicas, “porque no existe un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial”. Además anexa a su respuesta un extenso escrito en donde hace un relato “de lo que ha sido el matrimonio en 28 años”.

IV. Impulsado el proceso, el juzgador de primer grado le puso fin a la primera instancia con fallo de 16 de octubre del año pasado, en el que se hicieron los pronunciamientos siguientes:

“1º *Decrétase* la separación de cuerpos indefinida de los cónyuges entre sí Camilo Arango Arango y Marina Gutiérrez de Arango de las condiciones civiles e identificación que aparecen a los autos.

“2º *Decrétase* la disolución de la sociedad conyugal formada por los nombrados cónyuges de acuerdo con el matrimonio católico por ellos contraído el 12 de marzo de 1950 en la ciudad de Armenia.

“3º *Ordénase* la liquidación de la aludida sociedad conyugal en la forma y términos indicados en la ley.

“4º *Autorízase* a los cónyuges para que libremente fijen domicilio o residencia separados.

“5º *Adviértese* a los cónyuges que esta sentencia no disuelve el vínculo matrimonial.

“6º *Ordénase* comunicar esta decisión al respectivo funcionario del estado civil —una vez en firme— para que de ella tome nota en el libro y folio respectivos.

“7º *Ordénase* la expedición de las copias que pidan las partes, ejecutoriada esta sentencia.

“8º *Condénase* en las costas a la parte demandada”.

V. Inconforme el demandado con la resolución anterior interpuso contra ella el recurso de apelación, originando con ello la segunda instancia, en donde el Ministerio Público y la parte demandada expresan en sendos escritos sus puntos de vista, el primero solicitando la confirmación del fallo recurrido, por cuanto la causal alegada tiene respaldo probatorio y, el segundo, afirmando lo contrario.

VI. Tramitada como se encuentra la segunda instancia, procede la Corte a fenecerla, con fundamento en las consideraciones que seguidamente se sientan.

Consideraciones

1. Al examinar de conjunto la demanda, se tiene que la libelista apoya fundamentalmente su pretensión de separación de cuerpos en el grave e injustificado incumplimiento del cónyuge demandado de sus deberes de marido y, además, deja entrever que éste, al asumir determinada conducta, ha hecho incursiones a la causal primera y a la sexta. Empero la Corte, por la restricción contenida en el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, contra su estudio a la causal segunda, que fue la que halló demostrada el fallador de primer grado.

2. En la sentencia impugnada, se sientan las reflexiones siguientes:

“Como ya se dijo, frente a estas declaraciones, corroboradas por las manifestaciones hechas por la actora en el interrogatorio, llevan a una convicción de que entre Camilo Arango y Marina Gutiérrez de Arango se acabó el afecto conyugal, la amistad e intimidad están ausentes entre sí de los mencionados y existe, por el contrario

una repulsión recíproca que no permite la paz y sosiego conyugales.

“Es evidente que también aparecen determinados factores que hacen no tan negativa la labor del demandado en su hogar, si nos atenemos al dicho de su hijo, el declarante Arcesio Arango Gutiérrez, que como ya se vio, sale a la defensa de su padre, quien explica a todo lo largo de su testimonio cómo su padre se preocupó por la educación de sus hijos y cómo también cumplía a cabalidad con los deberes económicos de la familia. Y esto también lo reafirma el declarante Germán Arango, quien se dio cuenta de la vida conyugal de los esposos Arango-Gutiérrez, para determinar por percepción directa cómo Camilo Arango suministraba todo lo necesario para su familia y esposa. Pero nada le consta sobre la vida interna de los esposos, ni nada de sus problemas surgidos entre marido y mujer; y esto sólo lo atestiguan los hijos, quienes vivían en el hogar y recibían las impresiones de las reacciones que los cónyuges experimentaban al tratar con los hechos cotidianos del hogar que sólo las personas que viven en directa relación con los cónyuges pueden apreciar a través del comportamiento de los mismos. Y si esto es así, como lo es, indudablemente deberemos intuir que en el presente existe un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial y de una gravedad que no es posible volverla a sus cauces normales, pues ya se refleja en la familia, sobre todo en los hijos, determinados resquemores, pasiones profundas en favor o en contra de cada uno de sus progenitores; todo debido, como se refleja en las páginas de este expediente, a una casi recíproca repulsa sexual que día a día se va aumentando y represando a su vez la rivalidad entre los hijos cuyas repercusiones pueden traer males irreparables en la familia, ya que como se observó atrás, hay una mayoría de los hijos que dan la razón completa a la demandante, acordes con la separación y del otro lado uno de los hijos a favor de su padre, creando una rivalidad absurda entre los miembros de una misma familia. Y si todo ello, como lo da a entender la demandante en la demanda y en el interrogatorio, se debe a aquella repulsión, dijéramos sexual por parte del demandado, natural y lógico es que será sana y provechosa decretar la separación de cuerpos demandada por los motivos o causales expuestas en la demanda, en lo que hace al cumplimiento por parte del demandado de sus deberes de marido para con su esposa la demandante, pues, las relaciones íntimas y naturales de los cónyuges hace mucho tiempo que desaparecieron de la vida

conyugal de Camilo Arango y Marina Gutiérrez, según lo expresan quienes declararon en este proceso”.

3. *El matrimonio produce efectos jurídicos, no sólo entre los contrayentes, sino también entre éstos y los hijos, efectos que pueden calificarse de carácter personal unos y patrimoniales otros.*

Respecto de los efectos personales que genera el matrimonio entre los cónyuges, se encuentran los deberes recíprocos que deben presidir la vida matrimonial, o sea, la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda (artículos 113, 176, 178 del Código Civil y 9 del Decreto 2820 de 1974).

4. *El primero de los deberes enunciados tiene claro soporte en la legislación, pues no sólo surge del concepto que de matrimonio da el ordenamiento (artículo 113 del Código Civil), sino que se encuentra referido expresamente por el artículo 11 del Decreto 2820, que modificó el artículo 178 del Código Civil, cuando dice que, “salvo causa justificada, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro”.*

La doctrina ha entendido y sostenido que el mencionado deber no puede circunscribirse a un remedo o apariencia de vida común, sino que implica el desenvolvimiento normal y real de la vida conyugal, la cual a la vez trae aparejada el deber recíproco de las relaciones íntimas o sexuales entre los cónyuges. No es concebible que la vida matrimonial pueda desenvolverse cabalmente con omisión del deber de cohabitación que es manifestación vigorosa de amor, afecto y entendimiento recíprocos.

Precisamente la jurisprudencia tiene declarado que “el matrimonio es una coparticipación de vida y amor entre los cónyuges, pues por las nupcias se comprometen a compartir el común destino, conviviendo, socorriéndose y ayudándose mutuamente. No está, pues, al libre albedrío de uno o de ambos modificar las obligaciones que nacen de la vida matrimonial: cohabitación, socorro y ayuda” (sentencia de 8 de mayo de 1981, aún no publicada).

En este orden de ideas se tiene que uno de los hechos perturbadores que puede producir el resquebrajamiento de la vida marital, viene a ser el alejamiento unilateral o bilateral de los cónyuges en el cumplimiento del deber de cohabitación. Y, por la señalada trascendencia que para la armonía conyugal tiene el referido deber, apa-

rece como obvio que la ley hubiese establecido que su incumplimiento configura la causal segunda de separación de cuerpos.

5. *Igual importancia revisten los otros deberes en el desarrollo de la vida matrimonial, porque si uno de los cónyuges o ambos se desentienden de las obligaciones de fidelidad y ayuda mutua, tal proceder también le abre paso a la causal de separación de cuerpos antes mencionada.*

6. *Conviene reiterar que la omisión o el incumplimiento de cualquiera de los deberes por parte de uno de los cónyuges da lugar a que el otro alegue la causal segunda de separación de cuerpos, como quiera que la ley no exige, para su estructuración, que el cónyuge culpable los quebrante todos. De suerte que si se ajusta a cumplir con los deberes de fidelidad y ayuda mutua, pero se abstiene de cumplir con el de cohabitación, tal comportamiento lo hace incurso en la causal mencionada; lo propio ocurre cuando cumple con el de cohabitación y ayuda mutua pero quebranta el de fidelidad; o satisface éste y el de cohabitación, pero infringe el de ayuda mutua. En todas estas hipótesis se configura la causal, como ya lo tiene sentada la doctrina de la Corte (casación de 5 de diciembre de 1932, XLI, 52; 14 de mayo de 1954, LXXVII, 578; 23 de noviembre de 1955, LXXXI, 635).*

7. *La prueba testimonial incorporada al litigio pone de presente que el demandado no asume la totalidad de los deberes conyugales, especialmente el débito conyugal, lo cual de contera ha dado lugar a que la vida matrimonial no se desenvuelva en un terreno de comprensión, sino de repulsa y de mantenimiento separado de lecho, como lo declaran dos de los hijos de los litigantes.*

En efecto, el testigo Julián Arango Gutiérrez, quien expresa ser hijo de los contendientes y médico de profesión, refiere que desde hace año y medio, o más tiempo, su padre “dejó de tener relaciones maritales y familiares y sociales con mi mamá Marina Gutiérrez y es ese el motivo por el cual puso ella la demanda”; que su padre ha restringido la asistencia económica “en la alimentación al mínimo, vestido y todas las obligaciones de esposo debidas a su cónyuge”; que puede “decir que ha habido malos tratos por parte de mi padre”; los que “consistían en usar palabras inadecuadas”, aunque físicos no, debido a la presencia del declarante en el hogar y al respaldo que éste le daba a la demandante; que todos fueron y son sabedores, especialmente el declarante por estar viviendo en casa de su ma-

dre, sobre el incumplimiento del demandado de sus deberes; que el dinero que el padre opositor "suministraba para la alimentación ... era de setenta pesos y en ocasiones cien, lo que ... daba diario, dinero que de sobra se sabe no alcanza para la subsistencia ni siquiera para una de estas personas"; que la demandante no recibía del demandado suma alguna para atender sus necesidades o gastos personales, "ya que de ese dinero que él aportaba debería salir todos los gastos requeridos por una persona, como son comida, vivienda, vestido y demás"; que su versión no implica ausencia de afecto hacia su padre, puesto que el declarante se ha "ceñido estrictamente a los hechos reales"; que ha tenido fricciones que considera superfluo mencionar y que no inciden en el proceso.

La declarante Amalia Carmenza Arango de Aristizábal, al igual que el anterior, dice que es hija de los litigantes y de profesión economista; que su padre Camilo Arango "no cumple con los deberes de esposo porque él nunca se ha preocupado por mi mamá, nunca pregunta por ella y, cuando conversando con otra persona se dirige a ella, lo hace en términos groseros"; que el demandado no asiste económicamente a la demandante; que entre sus padres "no hay ningún tipo de relación entre esposos. Esto hace más o menos cuatro años y medio o cinco años"; que "hace un año que mi mamá vive en otra parte, porque ella pidió permiso cuando se inició este juicio"; que "mi papá vive solo en el apartamento donde vivíamos antes"; que su padre Camilo Arango no asiste a su cónyuge Marina Gutiérrez "ni económica y menos moral. El se desentendió por completo de ella y antes por el contrario: cuando puede hablar mal de ella lo hace"; que su padre considera a su mujer y madre de la declarante "como un mueble más en la casa. El nunca se preocupa de qué necesitaba mi mamá ... Nunca la convidaba a salir ... Mi mamá hace como tres años y medio o cuatro tuvo que pasarse a otra cama porque mi papá, en primer lugar, no la determinaba y cuando ella lo buscaba o lo tocaba a él, le pegaba un codazo o la rechazaba"; que su padre, en cuanto a sus deberes de tal, "siempre trató de hacerlo bien", y se preocupó por darle estudio a los hijos y porque aprendieran a trabajar; que la demandante actualmente subsiste por la ayuda económica que le da la declarante, el esposo de ésta, sus tías y la madre de la actora.

Por su parte el declarante Arcesio Arango Gutiérrez, también hijo de los litigantes, economista de profesión, comienza por hacer un relato

extenso sobre el período de infancia de él y de sus otros hermanos y del desarrollo del hogar por ese entonces, de la preocupación de su padre por el estudio de sus hijos, del premio que les daba por el rendimiento en los colegios, de la asistencia económica, de los cuantiosos gastos que afrontó por problemas de salud de los hijos. Enseguida el declarante cuenta sobre el hecho de que desde hace algún tiempo personas extrañas al hogar "han tratado de ejercer influencias negativas" sobre sus hermanos y sobre su madre, de lo cual indica a sus tías, quienes han dicho que "su papá es un hijo de puta, mal nacido, que nunca se debía haber casado con su mamá". Y muchas otras cosas denigrantes"; que quedó sorprendido que su madre le hubiera referido que ella no quería a su padre y que no sabía por qué se había casado con él, siendo que todavía sentía "algo por uno de los pretendientes que había tenido antes de casarse"; que hace unos dos años fue invitado por su madre y sus hermanos para discutir el tema de "una posible separación" y a dicha reunión asistió una vecina que convivía con quien no era su legítimo marido; que su padre "en ningún momento ha olvidado sus obligaciones para con el hogar", puesto que al declarante le tocó, en una época, recibir la lista de gastos, los que "sumaban varios miles"; que al testigo le era imposible fisgar a sus padres en sus relaciones íntimas; que no le consta si su padre le dirige o no la palabra a su madre; que entre ellos siempre ha habido comunicación; que su madre les "ha infundido miedo hacia mi papá, haciéndolo aparecer como un ogro"; que su padre no expulsó de la casa a su hermano Julián; que desconoce que su padre se ausentara del hogar; que su padre siempre contribuyó holgadamente al sostenimiento del hogar y nunca vio que considerara a su madre Marina como "un mueble más"; que sus padres se hablaron hasta cuando "mi mamá se fue de la casa".

El declarante Germán Arango cuenta que es primo del demandado; que éste venía cumpliendo con sus deberes, pues al testigo le tocó entregarle cheques a Marina Gutiérrez enviados por Camilo Arango; que demandante y demandado han cumplido con sus deberes y se trataban bien, aunque no sabe si cumplían las obligaciones maritales.

La declarante Alicia Londoño de Arcila, pariente de la demandante, refiere algunos hechos, no percibidos por ella, sino que le fueron relatados por la actora.

Finalmente, aparecen los interrogatorios de las partes, en donde cada cual responde insistiendo en sus puntos de vista.

8. Los elementos de convicción ponen de presente que el demandado no ha cumplido con la totalidad de los deberes que tiene como marido, o sea, que prospera la pretensión de separación de cuerpos, por gozar de respaldo probatorio la causal segunda, que fuera alegada por la demandante. Como a esta misma conclusión llegó el sentenciador *a quo*, habrá de confirmarse el fallo recurrido, con costas del recurso a cargo de la parte apelante.

Resolución

En armonía con 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, CONFIRMA la sentencia recurrida, de fecha y procedencia indicadas.

Las costas de la segunda instancia corren de cargo de la parte demandada.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli.
Secretario.

INTERES ASEGURABLE

No sólo el cumplimiento de obligaciones tiene interés asegurable; los hechos de la naturaleza, la seriedad de una oferta, el cumplimiento de la palabra empeñada sin formalidades o rito alguno, por una persona, también lo tienen. El asegurador es quien determina si el riesgo que se le propone asegurar tiene o no interés asegurable y por el hecho de cobrar una prima considera que éste existe.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

Bogotá, D. E., 4 de mayo de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante, el Banco Cafetero, Sucursal C.A.N., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de mayo de 1981, en el proceso promovido por la citada entidad bancaria contra Félix Salazar Balén y La Libertad, Compañía de Seguros Generales S. A.

Antecedentes

Narran los autos que el Banco Cafetero dio en mutuo a Félix Salazar la cantidad de un millón seiscientos ochenta mil pesos, préstamo que consta en dos pagarés que obran a folios 7 a 11 del cuaderno principal. En ambos títulos valores reza la siguiente estipulación: "Además de la responsabilidad personal la presente obligación queda garantizada con la póliza de seguro de cumplimiento número 40358, expedida por la Compañía de Seguros Generales S. A. La Libertad".

La referida póliza obra en fotocopia autenticada por Notario a folio 2 del cuaderno principal y en lo pertinente dice:

"Tomador: Banco Cafetero Sucursal C.A.N.

"Asegurado: IDEM.

"Beneficiario: IDEM.

"Afianzado: Félix Salazar Balén.

"Obligación afianzada: Garantizar al Banco Cafetero Sucursal C.A.N. el cumplimiento por parte del asegurado de la constitución de la garantía hipotecaria ofrecida, de la hacienda Los Alamos, situada en San Miguel de Sema, Departamento de Boyacá; antes del 30 de abril de 1976".

Según constancia que obra en la misma póliza la compañía aseguradora recibió por concepto de prima o precio del seguro y otros gastos la cantidad de \$ 23.061, según recibo 143111.

Llegado el 30 de abril de 1976 y como quiera que el señor Salazar no había hipotecado la finca Los Alamos, la entidad acreedora recabó por escrito de la entidad aseguradora el pago de la suma asegurada, que lo era la suma de \$ 1.680.000.00 y La Libertad respondió en carta de junio 1º de 1970 objetando y rechazando el pago de la indemnización, con fundamento en que con fecha 29 de abril, un (1) día antes de vencerse el plazo, habían enviado al Banco los papeles necesarios para otorgar la hipoteca. "De lo anterior se colige que nuestro afianzado Félix Salazar Balén, a través nuestro y de su apoderado general, doctor Aldo Buenaventura, estuvo y está dispuesto a dar cumplimiento a su promesa de constituir una garantía hipotecaria antes del 30 de abril ...". En segundo lugar porque la obligación del asegurador "es de carácter accesorio". Y en tercer lugar que el beneficiario debe presentar copia de la diligencia judicial debidamente ejecutoriada en que se declare el incumplimiento. La carta aludida obra a folios 15, 16 y 17 del cuaderno principal.

En vista de lo anterior el Banco optó por formular demanda ordinaria contra Salazar y la entidad aseguradora, con el objeto de que se de-

clare la existencia del compromiso de hipotecar, del incumplimiento, de los perjuicios sufridos por el Banco demandante y del contrato de seguro y como consecuencia de todo lo anterior se condene a La Libertad a pagar a la parte actora \$ 1.680.000.00 más los intereses a la tasa del 18% anual desde el 1º de mayo de 1976 y a las costas del proceso.

Notificado el auto admisorio de la demanda a la entidad aseguradora recorrió el traslado allí ordenado y en cuanto a los hechos manifestó: "contractual o documentariamente no nos consta que el señor Félix Salazar B. se haya comprometido a otorgar garantía hipotecaria sobre la hacienda Los Alamos, situada en San Miguel de Sema, antes del 30 de abril de 1976". Curioso. Si no les constaba el compromiso de Salazar, ¿para qué otorgaron seguro de cumplimiento, por qué alegaron que el compromiso había sido cumplido? y, finalmente, ¿por qué cobraron la prima en cuantía de \$ 23.061.00? Si se hace referencia especial a este hecho es por la circunstancia de que va a ser relevante la circunstancia de que la obligación afianzada no constaba por escrito, y el asegurador lo sabía perfectamente.

Notificado posteriormente el afianzado propuso la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones que se hizo consistir en que no podían acumularse en una sola demanda la pretensión declaratoria de incumplimiento del demandado Salazar y la relacionada con la indemnización a cargo de una persona distinta. Acogida por vía de reposición la excepción previa por el *a quo*, fue denegada por el *ad quem* por considerar que en el fondo existía una especie de llamamiento en garantía que bien podría proponerse desde la demanda original.

Rituada la primera instancia el Juzgado Veintidós Civil del Circuito falló el asunto en sentencia de 27 de octubre de 1978, en la cual denegó las súplicas del libelo de demanda al estimar que no estaban probados los perjuicios que la parte actora pretendía.

Por apelación de la parte actora se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que le puso fin por sentencia de 15 de mayo de 1981, en virtud de la cual se confirmó la apelada. Contra ese fallo se interpuso, concedió, y admitió y sustentó el recurso de casación que ahora se desata.

Motivación del fallo impugnado

Dijo el Tribunal: "En primer lugar, pretende la parte demandante que el demandado Félix Salazar Balén "se comprometió" con el Banco Cafetero, sucursal mencionada, a constituir la sobredicha escritura, o en otras palabras, que entre estas dos personas se pactó una promesa de contrato en virtud de la cual se obligó Salazar Balén, a constituir una hipoteca sobre el inmueble preindicado ...".

Posteriormente expresó: "Importa también tener en cuenta que los dos demandados, aceptan al contestar los hechos de la demanda, la existencia del compromiso o promesa de constituir la hipoteca en la forma expresada en los hechos de la misma, aun cuando negando la legalidad y existencia jurídica de este contrato, por cuanto no se dio cumplimiento estricto a lo preceptuado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887". Sobre el particular necesario es puntualizar desde ahora, que al contestar la demanda ninguno de los dos demandados planteó la tesis de la nulidad de la promesa. Posteriormente, en los alegatos de bien probado en la primera instancia, únicamente el demandado Salazar planteó por primera vez la tesis.

Más adelante agrega: "De suerte que, sale valedero el argumento de que si al acordar la promesa de constituir la hipoteca no se cumplió lo ordenado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, el negocio jurídico no tiene existencia por no haberse perfeccionado dentro del margen de normas que en nuestro ordenamiento han de cumplirse, como condiciones unidas a la existencia del mismo contrato, *ad substantiam actus*, y no simplemente *ad probationem*.

"3º Por lo demás, aceptando la validez y existencia de la promesa de constituir hipoteca, en la forma expresada, en favor del Banco Cafetero ...".

La aceptación de la validez y existencia de la promesa de constituir hipoteca llevó luego al Tribunal a examinar lo relacionado con el incumplimiento de la misma para concluir: "Todo lo cual, conduce a la conclusión de que no fue por culpa de la parte demandada, más concretamente, por culpa de Félix Salazar Balén, que no se constituyó la hipoteca, sino por la falta de diligencia del Banco Cafetero en adelantar las diligencias necesarias para perfeccionar este documento público ...".

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal confirmó la sentencia apelada, aunque por motivos diferentes.

El recurso extraordinario

Un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia, con fundamento en la causal primera de casación, por falta de aplicación de los artículos 63, 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1500, 1502, 1517, 1521, 1523, 1524, 1602, 1603, 1604, 1608, 1613, 1614, 1615, 2361 y 2443 del Código Civil, 1036, 1037, 1040, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1052, 1054, 1072, 1077, 1079, 1083, 1087, 1088, 1089, 1090, 1091 y 824 del Código de Comercio, artículo 43 de la Ley 57 de 1887 y artículos 2 y 7 de la Ley 225 de 1938; y por indebida aplicación de los artículos 1609 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, infracciones provenientes de los siguientes errores de hecho en la apreciación de las pruebas, a saber:

a) Desconocimiento de la verdadera naturaleza y alcance del contrato de seguro contenido en la póliza número 40358, especialmente en cuanto a la obligación afianzada, que “el Tribunal no vio, y por ende, no apreció en su sentencia”;

b) Suposición por parte del Tribunal que lo que existió entre Salazar y el Banco Cafetero fue un contrato de promesa de hipotecar, “sin que exista prueba alguna de ese hecho, o sea, que el Tribunal dio por demostrado un hecho sin existir en los autos la prueba de él y por lo tanto alteró el contenido material del medio probatorio con agregados que no aparecen en él, lo cual significa suponer la prueba del hecho equivocadamente añadido”. En el párrafo en que se concretan las normas violadas, al final, dice el censor: “Y también violó el Tribunal por aplicación indebida el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, porque en ninguna parte del proceso existe la prueba del otorgamiento de una promesa de contrato de hipoteca sobre la hacienda Los Alamos”;

c) “También, incurrió el Tribunal en su sentencia de 15 de mayo de 1981, en error de hecho grave, manifiesto y evidente, al no haber tenido en cuenta que con los dos certificados de tradición presentados con la demanda se acreditaba plenamente que el inmueble ofrecido para constituir garantía hipotecaria se encontraba embargado desde el 2 de abril de 1976 y por lo tanto estaba fuera del comercio y no podía hipotecarse ya que el contrato de hipoteca sería absolutamente ilícito”;

d) Desconocimiento de la póliza en que consta el contrato de seguro según el cual el obligado a otorgar la hipoteca era el demandado Salazar y no el Banco. Dijo el censor: “También supuso el Tribunal que el incumplimiento se debió al Banco Cafetero y que dicho incumplimiento lo fue por culpa del citado Banco, sin tener en cuenta que el obligado a otorgar la escritura de hipoteca de la hacienda Los Alamos, era el señor Félix Salazar Balén, lo cual es plenamente demostrado con la póliza del contrato de seguro ...”.

Concluye el censor afirmando que si hubiese apreciado bien las pruebas, hubiese aplicado las normas citadas como violadas por falta de aplicación, en lugar de las normas que el Tribunal tuvo en cuenta para fallar el proceso y que fueron acusadas por indebida aplicación.

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero advertir que la demanda de casación no es, ciertamente, un dechado de técnica.

Antes de entrar en el examen de los yerros fácticos que la censura le imputa a la sentencia acusada, necesario es realizar algunas puntualizaciones sobre los elementos básicos del contrato de seguro.

Según el artículo 1045 del Código de Comercio, son de la esencia del contrato de seguro los siguientes:

- a) *Un interés asegurable;*
- b) *Un riesgo asegurable;*
- c) *La prima o precio del seguro, y*
- d) *Que la obligación del asegurador sea condicional, vale decir, que dependa de un suceso futuro e incierto.*

El interés asegurable. *¿Qué contratos, ofertas, acontecimientos, temores, son asegurables? Cualquiera interés que reúna apenas estos dos requisitos: a) lícito, y b) de orden patrimonial, es decir, susceptible de ser avaluado en dinero, es más, que repercuta en el patrimonio de un sujeto de derecho (artículo 1083 ibídem).*

A la luz del artículo citado la gama de las circunstancias asegurables es casi infinita, limitada sólo por la imaginación de las gentes.

Obviamente existe un interés asegurable en lo relacionado con el cumplimiento de una obligación, ora tenga como fuente un contrato, una

oferta, una promesa de contrato, una situación precontractual, un acto ilícito o la ley. Corolario de lo anterior es que cuando el interés asegurable esté referido al cumplimiento de una obligación nacida de un contrato, el contrato debe existir y ser válido; cuando a una obligación nacida de una oferta, es indispensable que tal negocio jurídico univoluntario reúna los requisitos indispensables para que se convierta en fuente de obligaciones; cuando a la obligación de hacer que emerge del contrato de promesa ésta debe cumplir los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su validez (artículo 89 de la Ley 153 de 1887), y así sucesivamente.

Pero lejos de imaginar que solamente el cumplimiento de obligaciones, cualquiera que sea su fuente, tiene interés asegurable. La ocurrencia de acontecimientos de la naturaleza, que llueva o no llueva determinado día en determinado sitio puede tener interés asegurable, si de la ocurrencia de ese hecho depende una afectación patrimonial. El año próximo pasado, en Inglaterra, a propósito de una boda real, las compañías de seguros ofrecieron pólizas que indemnizaban los gastos en que hubiese incurrido una persona para ver el desfile, en el evento de que no pudiese realizarse por causa de lluvia. El que ese día lloviera o no en Londres constituyó un interés asegurable. Lo propio puede ocurrir frente a un acontecimiento deportivo de trascendencia, en donde se puede asegurar la indemnización de los gastos que una persona haga para ver a un jugador o un equipo si por determinadas circunstancias no llegare a presentarse.

¿Será asegurable el cumplimiento de una palabra empeñada por una persona, sin que su compromiso alcance a tener la connotación jurídica de un contrato o de una oferta, que haga de su ofrecimiento una obligación jurídica? Si del cumplimiento o no de la palabra empeñada puede surgir una afectación patrimonial, existe en ese fenómeno interés asegurable. Valga un ejemplo. Una persona celebra con otra un contrato de mutuo y uno adicional de promesa de otorgar posteriormente una hipoteca. Del segundo contrato surge una obligación de hacer, obviamente asegurable. Lo asegurado será entonces el cumplimiento de un contrato. Pero si el mutuario no celebra con su mutuante el contrato de promesa de otorgar hipoteca, sino que simplemente le ofrece esa garantía adicional y futura de palabra, obviamente no habrá una obligación civil, pero hay una palabra empeñada. Si ese deudor tiene la fortuna de que haya una compañía aseguradora que por el pago de una prima le garantice

al acreedor que cumplirá la palabra empeñada, el cumplimiento de la palabra tiene un interés asegurable, desde luego que si no se cumple, se causará un perjuicio.

La simple seriedad de una oferta puede tener, ya de hecho lo tiene, interés asegurable. En todas las licitaciones públicas que hogaño se celebra, el licitante tiene que prestar un seguro que garantice la seriedad de su propuesta. No se trata de que se asegure que cumpla o no obligaciones que aún no han nacido y que solamente tendrán vida cuando, de ganarse la licitación, se celebre con el licitante un contrato. Pues bien, la simple seriedad de la propuesta tiene un interés asegurable.

Siendo el seguro un contrato y, como tal, un acto libre y voluntario de los celebrantes, puede concluirse que en el fondo es el asegurador el que determina extraprocesalmente si el riesgo que se le propone asegurar tiene o no un interés asegurable. Como norma general el hecho de cobrar la prima indica entonces que el asegurador estimó que existía interés asegurable. Y como nadie puede obligar a una compañía aseguradora a otorgar contra su voluntad un seguro, debe concluirse que es en el fondo el asegurador el que aceptando o no correr el riesgo, determina si el interés del tomador del seguro es o no asegurable. Conducta inapropiada sería la de un asegurador que estime el interés asegurable en el momento de cobrar la prima y luego, ocurrido el siniestro, vale decir, la realización del riesgo asegurado, invoque a su favor que no era asegurable.

El interés asegurado en el caso de autos, a la luz de las pruebas. ¿Cuál fue, concretamente, el interés asegurado en virtud del contrato de seguro que se hizo constar en la póliza número 40.358? ¿Cuál fue el riesgo a que estaba expuesto el interés asegurado que la compañía aseguradora tomó a su cargo? Remitémonos a lo escrito en la póliza: "Obligación afianzada: Garantizar al Banco Cafetero C.A.N. el cumplimiento por parte del asegurado de la constitución de la garantía hipotecaria ofrecida, de la hacienda Los Alamos, situada en San Miguel de Sema, Departamento de Boyacá; antes del 30 de abril de 1976".

¿Se garantizó el cumplimiento de una obligación de hacer nacida (sic) de un contrato de promesa? Evidentemente no. Lo que se garantizó fue el cumplimiento de una garantía ofrecida. Los contratantes, pues, se situaron dentro del campo

de la oferta, que es hoy una de las fuentes de las obligaciones.

La fuente de obligaciones por antonomasia que tiene su sustento en la voluntad declarada de las personas es el contrato. Sin embargo, hoy en día también existe otra manifestación de voluntad que sirve como fuente de obligaciones y es la oferta. Comunicada la oferta al destinatario en la forma como lo establecen los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, adquiere la calidad de irrevocable y conserva su fuerza obligatoria durante un término que la ley determina en forma supletoria de la voluntad que el oferente pueda libremente expresar al expedir la propuesta. Uno de los requisitos que debe cumplir la oferta es que conste por escrito (artículo 851).

Es evidente que la oferta de hipotecar que Salazar hizo al Banco no consta por escrito. Fue verbal. Así lo entendió la aseguradora, como se deduce sin la menor duda de lo expuesto al contestar el hecho segundo de la demanda (folio 30): "Es cierto que el señor Félix Salazar B. solicitó al Banco Cafetero Sucursal C.A.N. créditos personales hasta por la suma de \$ 1.680.000, pero contractual o documentariamente no nos consta que el señor Félix Salazar B. se haya comprometido a otorgar garantía hipotecaria sobre la hacienda Los Alamos, situada en San Miguel de Sema, antes del 30 de abril de 1976". Qué iluminante claridad surge de la contestación de la demanda. El asegurador sabía que no había contrato ni oferta escrita. Contractual o documentariamente el señor Salazar no se comprometió. No estaba, pues, obligado. Primero, porque no había celebrado contrato de promesa. Segundo, porque su oferta no constaba por escrito. Su oferta de hipotecar era simplemente una manifestación de voluntad sin relevancia jurídica, sin otra posibilidad coercitiva contra el patrimonio del oferente que la fuerza de su propia palabra.

Establecido claramente lo anterior, fácil es advertir que cuando el Tribunal entendió que entre Salazar y el Banco existió un contrato de promesa de hipotecar, supuso sin respaldo probatorio la existencia de ese contrato. Y cuando con base en esa suposición entendió que el interés asegurable era el cumplimiento de la obligación que tenía como fuente el supuesto contrato, erró gravemente.

Obsérvese que el Tribunal jamás se formuló el interrogante de cuál fue el interés asegurado. Vio ciertamente la póliza, es más, transcribió en

tre comillas el contenido del interés asegurado. Pero sin ningún análisis entendió que se trataba de asegurar el cumplimiento de un contrato de promesa. Si además de transcribir lo pertinente de la póliza lo hubiese sopesado, habría entendido que no se trataba de un contrato sino de una oferta, ya que el contrato de seguro habla de "la garantía hipotecaria ofrecida". Supuso, pues, la existencia de un contrato, el de promesa, y dejó de ver el verdadero interés asegurado, el cumplimiento de una oferta. Los errores de hecho que el censor le imputa a la sentencia están, pues, demostrados. Sin embargo, lo expuesto no es suficiente para casar el fallo, pues para que el asegurador resulte obligado a indemnizar es indispensable demostrar el siniestro, es decir, la realización del riesgo asegurado, aspecto que se analizará posteriormente.

Establecido que el Tribunal erró y que, sin la menor duda, el interés asegurado fue el cumplimiento de una oferta que no consta por escrito, necesario es precisar si tal oferta, que no alcanza a adquirir fuerza obligatoria, puede ser asegurada.

Ya está dicho que para que exista un interés asegurable solamente deben examinarse dos aspectos: a) licitud, y b) carácter patrimonial. Obviamente la oferta o promesa verbal de hipotecar un inmueble para garantizar un crédito existente no tiene ni siquiera un principio de ilicitud. Todo lo contrario, es una oferta lícita, honesta, plausible. Y el contenido económico, tanto para el oferente como para el destinatario es evidente. Se cumplen, pues los dos únicos requisitos que es dable examinar para determinar si en un supuesto dado existe o no interés asegurable. La circunstancia de que la oferta haya sido verbal puede tener relevancia en cuanto no adquiere la calidad de irrevocable ni conserva su fuerza obligatoria, pero en manera alguna le merma la calidad de asegurable. Por manera que la palabra, sin formalidad ni rito alguno, de una persona, puede ser afianzada mediante un seguro. Venturoso aquél a quien una compañía de seguros le avala el cumplimiento de la palabra empeñada. Desde luego más afortunado aquel cuya palabra no necesita el respaldo de una póliza. Todo lo dicho indica que si alguna compañía aseguradora toma a su cargo el riesgo de que una persona cumpla su palabra, y como contraprestación cobra un precio, el contrato de seguro es perfecto y si ocurre el siniestro, vale decir, si la palabra empeñada y asegurada no se cumple, da origen a la obligación del asegurador.

El riesgo que el asegurador tomó a su cargo. En toda obligación jurídica, o en el simple compromiso (para llamar de alguna manera aquella obligación que no alcanza a adquirir las calidades jurídicas), existe el riesgo de que no se cumpla, ora por imposibilidad del deudor o comprometido, ya por su voluntad o por factores extraños. Cuando una compañía de seguros toma a su cargo ese riesgo, quiere decir que en caso de incumplimiento, el asegurador queda obligado en las condiciones y cuantías pactadas en la póliza.

En el caso de autos La Libertad tomó a su cargo el riesgo de que hasta el 30 de abril de 1976 Salazar no hipotecara la hacienda Los Alamos al Banco Cafetero. ¿Se cumplió lo ofrecido? Sin la menor duda no. Vale decir, se realizó el siniestro.

Dijo el Tribunal: "... no fue por culpa de la parte demandada, más concretamente, por culpa de Félix Salazar Balén, que no se constituyó la hipoteca, sino por la falta de diligencia del Banco Cafetero en adelantar las diligencias necesarias para perfeccionar este documento público ...".

Sin entrar a analizar si lo que aseguró La Libertad fue el incumplimiento no culpable de Salazar, si el acreedor hipotecario tenga algo que hacer para que su deudor le hipoteque y si ciertamente hubo culpa del Banco al no hacer nada para perfeccionar la hipoteca habiendo recibido unos documentos la víspera del vencimiento, la Corte se concreta en la censura del casacionista sobre este aspecto.

Se le imputa al Tribunal el error de hecho de no haber visto el certificado de libertad y propiedad número 160 de 23 de abril de 1976, que obra en autos, folios 18, 19 y 20 del cuaderno principal, que fue el mismo que La Libertad le envió al Banco el 29 de abril. Pues bien, ese certificado, enviado por la entidad aseguradora, da cuenta en su punto decimotercero (folio 20, al final), que el 2 de abril de 1976 se registró un embargo. ¿Cómo es posible para el Banco, frente a un inmueble embargado el 29 de abril, fecha remisoria del certificado, hacer algo para que el deudor hipoteque la finca al día siguiente? La hipoteca no se otorgó el 30 de abril no por culpa del banco, sino, entre otras cosas, porque para entonces la finca estaba embargada.

Ciertamente en autos obran dos certificados de libertad. El comentado, expedido el 23 de abril, enviado por La Libertad al banco el 29 del mis-

mo mes. Y otro, expedido el 30 de junio de 1976, que refiere que el 19 de mayo de 1976 se registró un embargo en proceso ejecutivo con título hipotecario. De los dos certificados el Tribunal, inexplicablemente, cita en el fallo el segundo, según el cual hubo embargo tan solo en mayo. Pero el Tribunal no tocó, no miró, no mencionó el otro certificado, el de abril, el que envió el asegurador, según el cual había embargo desde el 2 de abril. Evidente el error de hecho. Si ambos certificados obran en autos, si el primero fue enviado por el asegurador en nota remisoria de 29 de abril, si según ese certificado el inmueble estaba embargado, ¿cómo el *ad quem* solamente cita el certificado de 30 de junio, para afirmar que "tampoco debe olvidarse que el embargo decretado y perfeccionado sobre el inmueble en relación con el cual ha debido constituirse la hipoteca, fue comunicado el 6 de mayo de 1976, y registrado el 19 del mismo mes y del mismo año, es decir, después del vencimiento del plazo indicado en la póliza de seguro para la constitución de la hipoteca, 30 de abril de 1976 (23 f., cuaderno principal), de manera que si se hubiese constituido la hipoteca tal como se pactó, no se hubiera presentado problema en este sentido".

El censor tiene, pues, toda la razón, el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al no tener en cuenta sino un solo certificado, cuando habían dos, y el pertinente para analizar era precisamente el que el fallador pretermitió. Ese error de hecho lleva a la Corte al convencimiento de que no fue, como lo dice la sentencia acusada, que la hipoteca no se otorgó por culpa del acreedor.

Conclusión

Están, pues, demostrados los errores de hecho que desvirtúan el análisis del Tribunal. No hubo, ni ha habido contrato de promesa de hipotecar. Cuando el Tribunal aplicó el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para regular un contrato que no existía, aplicó indebidamente esa norma. Y como consecuencia de ello dejó de aplicar todas aquellas normas reguladoras del contrato de seguro, que entre otras cosas definen el interés asegurable, el siniestro y la obligación del asegurador, que fueron citadas por la censura. La sentencia debe casarse.

Sentencia de reemplazo

Estima la Corte que antes de entrar a dictar el fallo de instancia que reemplace el invalidado, es prudente decretar de oficio la prueba consis-

tente en una inspección judicial sobre el proceso de quiebra del demandado Félix Salazar Balén, que cursa en el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, para establecer si el Banco Cafetero se hizo parte para cobrar su crédito y en qué estado se encuentra el proceso. Esta prueba fue decretada por el juzgado *a quo* por auto de 5 de septiembre de 1978, visible al folio 44 del cuaderno principal, pero no se practicó.

Decisión

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 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de mayo de 1981.

Sin costas en el recurso de casación.

Antes de dictar sentencia en sede de instancia que reemplace la anulada, se decreta de oficio la práctica de una inspección judicial sobre el proceso de quiebra de Félix Salazar Balén, que cursa en el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito. Oportunamente se señalará la fecha.

Notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial*.

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

REPARTO

Su omisión no constituye causal de nulidad. El Reparto no atribuye jurisdicción; sólo tiene por finalidad la equitativa distribución del trabajo. Tampoco define la competencia, la cual depende de otros factores.

MAGISTRADOS AUXILIARES

Carecen de toda facultad de decisión; ésta pertenece exclusivamente a la Sala y, por consiguiente, sus proyectos no tienen el carácter de fallo.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Culpa exclusiva de la víctima. Para que exima de responsabilidad es preciso que haya sido la causa exclusiva del daño.

Concurrencia de culpas. La de la víctima no exime de responsabilidad al demandado, sino que se compensa con la de éste, en el grado en que estime prudente el juez. Responsabilidad solidaria de quien participa en el acto ilícito cuando hay concurrencia de culpas. La víctima no está obligada a accionar contra todos los responsables, pero aquél que elija para que la indemnice tiene acción de repetición parcial contra los corresponsables por la cuota que le corresponde.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 17 de mayo de 1982.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de abril de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Tulia Arango de Martínez y otros en frente de Transportes Químicos Limitada y Luis A. Medina.

Antecedentes

La demanda. En ella piden Tulia Arango de Martínez en su propio nombre y como representante de sus hijos menores Juan Carlos, Rocío Yony, Blanca Ligia y Luz Estela Martínez; y Luis Fernando, María Marleny y Jesús Orlando Martínez, hijos mayores, que en frente de los demandados se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera: Luis A. Medina B. y Transportes Químicos Limitada, ‘Transquímicos’, son responsables civilmente de todos los daños y perjuicios ocasionados a Tulia Arango de Martínez y a sus hijos Juan Carlos, Rocío Yony, Blanca Ligia, Luz Estela Martínez, Luis Fernando, María Marleny y Jesús Orlando Martínez Arango, con motivo de la muerte violenta sufrida por su esposo y padre Luis Alfonso Martínez.

“Segunda: Como consecuencia de lo anterior Luis A. Medina B. y Transportes Químicos Limitada, ‘Transquímicos’, pagarán en forma solidaria a los demandantes la suma de setecientos mil pesos (\$ 700.000.00), o lo demás que se establezca en este juicio, como indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados con la muerte de Luis Alfonso Martínez.

“Tercera: Los demandados pagarán, en forma solidaria, los intereses de la suma que se fije como indemnización desde el momento del accidente hasta el momento real y efectivo del pago de la obligación.

“Cuarta: Los demandados pagarán en forma solidaria los gastos y costas de este proceso”.

Los hechos alegados como *causa petendi*, son en síntesis:

Que el día 8 de junio de 1978, entre las ocho y las nueve de la noche, cuando Luis Alfonso Martínez se encontraba por la calle 30 cerca de la carrera 83 de Medellín esperando un bus que lo llevara a su casa, fue atropellado y muerto por el camión marca Mack, modelo 1970, con placas WZ-3059, afiliado a la Empresa Transportes Químicos Limitada, de propiedad de Luis Medina B. y conducido por Omar Castaño López; que éste, según el examen del laboratorio forense, presentaba un segundo grado de embriaguez y sólo tenía permiso provisional para conducir porque había sufrido otro accidente; y que el occiso tenía un taller de zapatería que le producía un promedio mensual de cinco mil pesos, con lo cual sostenía a su esposa Tulia Arango Londoño y a sus siete hijos.

La contestación. Luis A. Medina, en su propio nombre y como representante de la entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda y afirmó que Alfonso Martínez dado su estado de embriaguez, creyó haber visto pasar el vehículo e imprudentemente cruzó la calle, cuando todavía el vehículo no había acabado de pasar; que el automotor transitaba por su vía a velocidad muy reducida y que no es verdad que el conductor se encontrara ebrio, pues es abstemio.

En esa oportunidad propuso, como de mérito, las siguientes excepciones:

a) Inexistencia de culpa, pues que, dijo, el accidente ocurrió por culpa de la víctima, que estaba embriagada, “y tal vez debido a esto se arrojó a un vehículo que no había terminado de pasar. No hubo culpa por parte del conductor, quien no pudo, ni tuvo oportunidad para prever el accidente, que ocurrió en las llantas traseras del vehículo”;

b) Culpa de la víctima, porque el accidente ocurrió por la imprudencia de Luis Alfonso Martínez “quien estando en estado de embriaguez, salió a recorrer las calles y se le tiró a las llantas traseras del vehículo, tal vez creyendo que ya había pasado”;

c) Fuerza mayor, pues al conductor Omar Castaño se “le presentó un imposible de resistir. El no podía prever el accidente, ni estaba obligado a preverlo”; y

d) “Surge como consecuencia de las anteriores la inexistencia de la obligación”.

Las sentencias de instancia

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, en sentencia de 21 de agosto de 1980, resolvió así la litis:

“1. Declárase configurado en este asunto el fenómeno de culpa exclusiva de la víctima. En consecuencia se absuelve a quienes fueron convocados a juicio en libelo de 25 de junio de 1978, señor Luis A. Medina B. y Transportes Químicos Limitada, representada legalmente por la misma persona natural.

“2. Costas de las instancias a cargo de la parte demandante”.

El Tribunal Superior de Medellín, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, mediante su sentencia de 7 de abril del año pasado y luego de revocar la apelada, declaró a los demandados civilmente responsables de los perjuicios sufridos por los demandantes a causa del accidente que privó de la vida a Luis Alfonso Martínez; en consecuencia, condenó a los demandados a pagar a Tulia Arango de Martínez la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) y a cada uno de los restantes demandantes la de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), por concepto de perjuicios morales; los condenó, además, a pagar a la viuda y a los hijos que eran menores en el momento del accidente, a título de lucro cesante, las cantidades que se liquiden por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y las costas del proceso; desestimó las demás pretensiones de la demanda; y, por último, declaró no probadas las excepciones propuestas.

Motivación de la sentencia acusada

Advierte en primer lugar el *ad quem* que en el presente caso se dan los presupuestos procesales y no se presenta causal de nulidad que invalide la actuación; por lo que, dice, es procedente dictar sentencia de mérito.

Sitúa el caso litigado en el campo de la responsabilidad extracontractual, la que, dice, se estructura jurídicamente por tres elementos: a) el daño; b) la culpa; c) la relación de causalidad entre ésta y aquél; elementos que debe probar el demandante. Añade que tratándose de actividades peligrosas, a que se refiere el artículo 2356 del Código Civil, la culpa se presume y sólo in-

cumbe probar el daño y que éste se produjo a causa de una actividad catalogada como peligrosa.

“La materialidad y ocurrencia de los hechos, —prosigue la sentencia—, a consecuencia de los cuales perdió la vida Luis Alfonso Martínez fueron aceptados expresamente por la parte demandada y lo corroboraron con su dicho quienes, al menos parcialmente, pudieron darse cuenta de lo sucedido”. Y, “en lo que concierne a la autoría del hecho, la dependencia del conductor del vehículo, la afiliación a la empresa transportadora y dominio del automotor, fuera de que de ello se trajo prueba bastante, los llamados al proceso en dicha calidad así lo admitieron sin la menor vacilación”. Se demostró también que el occiso con su trabajo de zapatero atendía a las necesidades de su familia.

Pasa al análisis de la tesis que sostiene el *a quo*, sobre culpa exclusiva de la víctima. Para que ella sea aplicable, expresa, es necesario que esa conducta sea la causa exclusiva del daño, como lo considera Alessandri, ya porque no la hubo por parte del demandado, ya porque aunque la hubiera, no existe relación de causalidad entre ésta y el daño.

Añade que si concurren las dos culpas y ambas tienen la calidad de concausales, la responsabilidad es conjunta; viene una graduación, de acuerdo con el artículo 2357 del Código Civil. “Si la acción o la omisión culposa de ésta (la víctima) ha dicho la jurisprudencia, fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, su propio victimario” (Derecho Colombiano, Tomo XXXIII, 320). “Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien sólo coadyuvó a su producción, quien, realmente, no es autor único, sino solamente su copartícipe”.

Con estas orientaciones analiza el caso *sub judice*, y dice: “quedó demostrado en forma incontrovertible que fue el paso del tractomula por encima del cuerpo de Luis Alfonso Martínez y los destrozos producidos los que le ocasionaron la muerte, como que ese hecho sí fue presenciado por los empleados del DAS que iban detrás, también se estableció que el fallecido peatón trató o se disponía a cruzar la calle en punto que no es el indicado por el Código de Tránsito Terrestre,

tal como resulta del sitio en que ocurrió el accidente”.

Agrega que no se demostró sin embargo que la víctima estuviera embriagada en el momento del accidente. “En tales condiciones —estima el Tribunal—, resulta imposible atribuir el daño a culpa exclusiva del peatón y que, por tanto, al conductor del automotor se le pueda exonerar de responsabilidad. De no haber ocurrido que los demandantes reclamaron la indemnización del *perjuicio personal*, a lo sumo procedería la reducción prevista por el artículo 2357 del Código Civil en razón de la concurrencia de culpas”.

Dice que el caso es muy distinto del resuelto por la jurisprudencia chilena en donde es el peatón el que al salir corriendo se estrella con el vehículo, porque aquí nada de eso se ha establecido en el proceso; “de autos no existe la menor prueba de cómo el peatón resultó atropellado con el automotor y, se repite, la prueba incumbía a la parte demandada”.

Pasa a fijar el alcance del artículo 2357 del Código Civil. Y al punto dice que si los herederos o cesionarios actúan como tales, se les aplica esa disposición, es decir que la culpa de la víctima les es oponible por aplicación de las reglas generales que exigen un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño. “Tratándose de los herederos de la víctima, es como si actuara ella misma”.

En cambio, si la persona actúa en nombre propio por el daño personal que sufre al verse privada de los recursos que la víctima directa le daba, o a consecuencia del dolor que le produce la muerte de ésta o la lesión inferida a ella, o por los gastos en que han incurrido con motivo del accidente, ese precepto es inaplicable: el que sufre el daño de cuya indemnización se trata no se expuso a él imprudentemente.

Expresa que la comentada disposición, en sentir de Alessandri, sólo sería aplicable en dos casos:

- a) Si tales personas han incurrido en culpa personal, y
- b) Si los que actúan en razón de su propio interés han aceptado la herencia de la víctima directa.

En el caso *sub judice* —puntualiza el Tribunal—, se reclama no a título de herederos, sino como damnificados directos, de modo que aunque se aceptara culpa de la víctima, no cabría

la reducción del perjuicio de conformidad con el artículo 2357 del Código Civil.

Esta conclusión aparentemente injusta se explica por el hecho de que el empleo de la máquina aumenta la fuerza de su empleador, rompiendo el equilibrio entre el autor del perjuicio y su víctima. Es decir, que pese a toda la diligencia para evitar el daño, éste se produce como consecuencia de la actividad peligrosa.

En relación con la determinación de los perjuicios está de acuerdo el fallo con el dictamen pericial que no encontró demostrado ningún daño emergente. En cuanto al lucro cesante que fijaron los peritos, le hace el reparo de que no tuvieron en cuenta lo que el occiso tomaba para su subsistencia. Para que se tenga en cuenta esta partida, en abstracto, con aplicación del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

*El recurso de casación
y consideraciones de la Corte*

Cuatro cargos formula la censura: el primero fundado en la causal quinta de casación, de estudio preferente por referirse a un error *in procedendo*; el segundo, que fundado en la causal primera se destina a impugnar parcialmente la sentencia; y el tercero y el cuarto fundados en la misma causal primera, pero para censurar con ellos dos todas las resoluciones del fallo atacado.

Primer cargo. Lo plantea el recurrente así: "Invoco las siguientes causales de nulidad para este efecto: artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Número 1. Falta de jurisdicción. Número 2. Falta de competencia. Número 9. Inciso 2º. Nulidad de actuación posterior por no haberse notificado una providencia.

"Estas causales, frente a la misma situación procesal, se presentan en forma concurrente, razón por la cual se analizan en el mismo cargo".

El recurrente funda el cargo por el primer aspecto en que de acuerdo con la Ley 22 de 1980 y Decreto reglamentario número 2588 del mismo año, los Magistrados Auxiliares tienen los mismos derechos e incompatibilidades de los funcionarios judiciales; que su función consiste en elaborar proyectos de sentencias y autos, bajo la responsabilidad de los titulares de los respectivos despachos; que están sometidos a las mismas causales de impedimento y recusación previstas para el titular; y que cuando haya dos o más Magistrados auxiliares, el reparto de los negocios corresponderá a la Sala.

Pero que en este proceso no hay constancia de que se hubiera verificado el reparto y por lo mismo no ha sido investido para un proceso concreto y no tiene jurisdicción, y no puede válidamente realizar un 90% de la pieza más fundamental del proceso.

En relación con la nulidad que por incompetencia alega, dice el censor que "la Magistrada Auxiliar que proyectó la sentencia que se acusa, actuó sin competencia, pues no fue nombrada por nadie, al menos así se desprende del proceso, y mucho menos se enteró a las partes del proceso su nombramiento".

Dice finalmente que, según el numeral 9º, inciso 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, hay nulidad cuando "se advierte que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda"; y que entonces el defecto se "corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia".

Que en este caso es de suponer que se nombrara la Magistrada al menos verbalmente, pero que no se hizo ni una notificación. ¿Cómo se podría, pregunta el recurrente, ejercer los derechos que concede el Decreto 2588 de 1980, en su artículo 13, como el de poder recusar al Magistrado?

Se considera:

Según el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, el proceso es nulo solamente en los casos enumerados en esa disposición. No caben, por tanto, nuevos casos de nulidad, deducidos por medio de la interpretación. Con esto se quiso corregir la tendencia surgida bajo el código anterior, de encontrar causas de nulidad no contempladas allí.

Los artículos 19 y 20 del Decreto 1265 de 1970 regulan la forma como se debe hacer el reparto de los asuntos judiciales en las corporaciones y en donde haya dos o más jueces. No se reprodujo aquí ni en ninguna parte del nuevo estatuto procesal el artículo 49 del anterior que decía: "No puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción en los casos siguientes: "... 4º Si proviene de falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente". Los tratadistas daban como razón de esta disposición, la de que el reparto no atribuía jurisdicción, la cual correspondía al juez de conformidad con las disposiciones que definían las funciones de cada autoridad judicial. De modo que cuando hubiera varios funcionarios de igual grado en el mismo

lugar, su jurisdicción era idéntica. El reparto sólo tiene por finalidad una equitativa distribución del trabajo.

En relación con la competencia observaban que tampoco el reparto la define, pues ella depende de la naturaleza del asunto, de la calidad de las partes, del lugar en donde debe ventilarse y de la cuantía (artículos 150 y 154 del anterior Código de Procedimiento Civil).

Una argumentación semejante se puede hacer bajo el nuevo estatuto, aunque ello no sea necesario dado el nuevo sistema de las nulidades taxativas, porque ahora también la atribución de jurisdicción está determinada por las normas que regulan la distribución de esa función, y nada tiene que ver con el reparto. El no haber hecho personalmente el reparto sólo se traduce en multa para el juez, según el artículo 37, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil.

Por lo que hace a la supuesta nulidad por falta de reparto en el caso de los Magistrados auxiliares, se observa que lo que constituye el fallo no es el proyecto que puede ser preparado por cualquiera de ellos, sino la decisión de los Magistrados que integran la Sala, expresada en la forma prevista por la ley, es decir por mayoría de votos. El Magistrado auxiliar carece de toda facultad de decisión, la cual pertenece a la Sala. El ejercicio de la facultad jurisdiccional y su concreción en cada caso, no pueden quedar subordinadas al hecho de que el proyecto haya sido elaborado por uno u otro de los Magistrados auxiliares.

Tampoco cabría una supuesta nulidad por falta de notificación del auto de reparto, pues éste no está prescrito en la ley procesal.

No prospera pues este cargo.

Tercer cargo. Está planteado así: "Por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Vía indirecta del error de hecho, a causa de la cual la sentencia infringió por aplicación indebida del artículo 2356 del Código Civil y por falta de aplicación del artículo 1604, inciso 2º de la misma obra".

Dice el censor al desarrollar el cargo que el Tribunal encontró demostrados los presupuestos para aplicar el artículo 2356 del Código Civil y en cambio no demostrada la culpa exclusiva de la víctima, ni el caso fortuito o la fuerza mayor, porque se basa en hechos sin prueba o porque dejó de apreciar algunas debidamente producidas.

Que al contrario de lo que expresa el Tribunal, no está probado que el conductor se encontrara embriagado en el momento del accidente, pues el informe en donde se hablaba del segundo grado de embriaguez no fue contradicho en el proceso penal, y en cambio el agente Iván Moreno, testigo presente en ese momento, dice que estaba sobrio.

Que "el Tribunal tiene por acreditada la materialidad y la ocurrencia de los hechos y establece la relación causal con el hecho del conductor del vehículo tractomula, cuando no hay prueba de la imputabilidad del hecho al conductor. Ni siquiera en el proceso penal se observó un acercamiento a la imputabilidad del conductor Castaño. Perfectamente podría pensarse que un tercero arrojó el cadáver, o que el conductor atropelló un cadáver".

"La única prueba que existe es la concomitancia entre la conducta del demandado y el daño mismo", pero como lo dice el profesor Carbonnier "la causalidad no es una mera coincidencia temporal o espacial. Lo que se requiere probar es que la culpa del hombre o el hecho de la cosa, han tenido un rol causal, generador en la producción del daño, que sin ellos el daño no se hubiera producido ... Si la causalidad permanece incierta como consecuencia de una imposibilidad de prueba, el juez debe rechazar la acción en daños y perjuicios ..." (Droit Civil, Les Obligations, Ed. Temis, París, 1976).

Que es errónea la afirmación del Tribunal cuando dice que la parte demandada acepta la materialidad y ocurrencia de los hechos, siendo que los rechaza cuando afirma: "... no es cierto que sea el causante del accidente ..."; y que "ninguna razón tiene el Tribunal para suponer culpa probada del conductor del vehículo".

También es errónea la apreciación que hace el sentenciador de la confesión de Luis Medina, cuando dice que le contaron que una persona borracha se le había metido al camión.

Que el Tribunal descarta la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor porque no tiene en cuenta las siguientes pruebas:

a) La declaración de Angel Henao, según la cual las llantas traseras fueron las que ocasionaron el accidente, "lo que indica que el conductor no pudo prever ni impedir el atropellamiento"; el no haberse enterado inmediatamente después, que estaba sobrio y la posible embriaguez del atropellado. La declaración de Jairo Moreno que corrobora la anterior, no se vio;

b) El acta de necropsia da asidero a las declaraciones, porque si hubiera sido atropellado con la parte delantera, el cuerpo "no habría quedado entero, sino destrozado y estallado";

c) El acta de levantamiento, el informe del tránsito y la inspección judicial establecieron que el peatón pasaba o intentaba cruzar la calle por donde no debía, y

d) Las declaraciones de Tulia Arango y Orlando Martínez, de las cuales se deduce que el occiso era aficionado al licor.

Las anteriores pruebas, que no fueron consideradas por el Tribunal, indican que al conductor se le presentó una fuerza mayor; "imprevisible porque no había razón particular para pensar que el acontecimiento se produciría; e irresistible, porque fue imposible sobreponerse al hecho de evitar sus efectos".

Acreditada la culpa de la víctima, "se presenta una aplicación indebida del artículo 2356, y en consecuencia una falta de aplicación del artículo 1604, inciso 2, del Código Civil".

Se considera

1. Consideró el Tribunal en su sentencia, y es esta la razón cardinal en que apoyó su fallo condenatorio, que en el presente caso, por tratarse del ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es la conducción de automotores, hay una presunción de culpa de la demandada; y que, además, las pruebas practicadas evidencian que el conductor del automotor que causó el daño se encontraba embriagado. O sea, que para el *ad quem* no sólo hay culpa presunta sino que está probada.

Pero estimó también el fallador de segundo grado, fundándose en la prueba testimonial, que la ocurrencia del hecho dañoso fue debido no sólo a la culpa del demandado sino además a la de la propia víctima, quien "trató o se disponía a cruzar la calle en punto que no es el indicado por las reglas del Código Nacional de Tránsito Terrestre, tal como resulta del sitio en que ocurrió el accidente". Es decir, que si para el Tribunal hubo culpa de la víctima, dicha negligencia no fue sin embargo exclusiva del daño, sino que concurrió a la producción de éste con la culpa del demandado.

2. El cargo, como se infiere del extracto que se ha hecho de él, se dirige sustancialmente a demostrar que, al contrario de lo que la sentencia dice, ningún elemento demuestra "la culpa probada del conductor del vehículo".

Pero aún aceptando la principal argumentación del recurrente, o sea la de que el conductor del automotor no se hallaba embriagado en el momento de la ocurrencia del accidente, quedaría en pie la culpa presunta del demandado, la que, como se vio, también fue fundamento, y quizás el de mayor relieve, de la sentencia combatida en casación.

Y es lo cierto que el cargo no demuestra con la claridad necesaria que la prueba testimonial practicada conduzca a infirmar dicha prueba presunta; ni menos que al conductor del vehículo se le haya presentado un caso de fuerza mayor que no le permitió evitar el accidente.

3. El Tribunal sí vio y apreció en su fallo los testimonios que el censor estima preteridos en éste; con apoyo en ellos dedujo la culpa de la propia víctima, pero no atribuyó a ésta carácter exclusivo sino concurrente con la del demandado en la producción del hecho perjudicial.

Y dicho postulado de la sentencia no lo impugna el recurrente, ni lo podía censurar con éxito, pues los declarantes no permiten afirmar inequívocamente que se trate de una culpa exclusiva, cuando ya está demostrado que sí hubo falta del demandado consistente precisamente en que el conductor del vehículo desempeñaba esta función en estado de embriaguez y contrariando algunas reglas de tránsito.

No prospera pues esta censura.

Cuarto cargo. Mediante éste se acusa la sentencia de segundo grado de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal.

En el desarrollo del cargo, dice el censor que existe en el proceso copia de la providencia por medio de la cual el Juzgado Noveno Penal Superior de Medellín, puso fin al proceso penal contra Omar Castaño por homicidio en accidente de tránsito.

Agrega que la influencia que en materia civil pueden tener las providencias en lo penal, está en el interés del Estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción, proponiendo nuevamente un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificada con igual autoridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública. Que la providencia en referencia sobreseyó definitivamente al sindicado por el homicidio, según los hechos que se discuten también en este proceso. Que según ese fallo y el concepto del Ministerio Público, se puede in-

ferir que el hecho imprevisible para el sindicato o incluso que hace dudar si el causante del accidente fue la propia víctima. Que no se indicó la causal de sobreseimiento, pero que se puede deducir de la motivación de la sentencia; y que en el caso concreto es la duda sobre la posibilidad de que haya sido el sindicato quien atropelló a la víctima o que fue la actividad de esta última la que ocasionó el daño.

“Como la culpa de la víctima se presenta como fuerza mayor para el conductor, podemos concluir que el sobreseimiento se fundamentó en fuerza mayor y por ende no debió continuarse con la acción civil y el fallo debió ser inhibitorio”.

Se considera

1. La demanda con la cual se inició este proceso busca la reparación del perjuicio sufrido por los demandantes con motivo de la muerte violenta de Alfonso Martínez, atribuida a culpa de quien conducía el automotor que la ocasionó. O sea, que se trata de una controversia sobre responsabilidad civil extracontractual.

2. El Tribunal de Medellín así lo entendió en su sentencia; consecuente con su consideración inicial, el juzgador *ad quem* decidió el litigio al amparo de las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad común por los delitos y las culpas, especialmente de los artículos 2356 y 2357 de dicha codificación.

La demanda de casación, en el cargo que aquí se estudia, se limita a denunciar quebranto únicamente del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, pero omite citar como violados los textos legales que constituyen el fundamento jurídico del fallo.

3. Concebido en tales términos, este cargo resulta incompleto y por ende ineficaz por falta de la integración de la proposición jurídica, sin que le sea dado a la Corte, por vedársele el carácter eminentemente dispositivo de la casación, considerar oficiosamente violaciones legales no denunciadas por el recurrente.

Hase dicho, en efecto, 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” (sentencia de 15 de febrero de 1974, proferida en el proceso de Ferretería Cida contra Almacenes Generales de Depósito, no publicada en la *Gaceta Judicial*).

El cargo es pues ineficaz.

Segundo cargo.

1. Viene este planteado así: “Por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, vía directa de la falta de aplicación del artículo 2357 del Código Civil.

“En la sentencia, el honorable Tribunal hace un minucioso análisis interpretativo del artículo 2357 del Código Civil, que contempla la reducción en la apreciación del daño, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, para llegar a la conclusión en el numeral 10 de la sentencia, de que no hay lugar a la aplicación de la citada norma en el presente caso”.

2. En desarrollo del cargo, expresa el censor que la sentencia combatida “distingue para efectos de la procedencia en la aplicación del artículo 2357, entre si los demandantes ejercieron la acción hereditaria, como continuadores del causante, o si ejercitaron la acción personal, reclamando el perjuicio personal que experimentan con la muerte de la víctima, para concluir, que el artículo 2357 del Código Civil, sólo es aplicable cuando se ejercita la acción hereditaria, y no la personal como en caso debatido”.

Para sustentar su tesis, esencialmente traducida a que en todo caso cabe la aplicación del citado artículo 2357, el casacionista, con citas doctrinarias, dice que la tesis acogida por el Tribunal de Medellín, si bien fue aceptada inicialmente en Francia, ya está revaluada allí y que “en Colombia no tiene razón de ser, pues el artículo 2357 no permite la interpretación que el Tribunal le da”.

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, agrega el censor que el artículo 2357 citado, no dice que sólo hay reducción del daño de la víctima directa, sino de cualquier clase de daño. Y agrega: “lo que don Andrés Bello quiso decir era que la apreciación del daño estaba sujeta a reducción si el sujeto que sufrió la acción del responsable se expuso imprudentemente. En el presente caso si la parte demandada tuviera que pagar la totalidad del daño, podría repetir en virtud del artículo 2344 del Código Civil contra

los herederos del peatón que murió. Hay lugar a compensar''.

Concluye citando al Tribunal en la parte de su sentencia que dice que la víctima incurrió en culpa al querer cruzar la vía en punto no indicado, y que si no hubiera sido por su errado concepto sobre el artículo 2357 del Código Civil la parte resolutive hubiera sido muy distinta.

Se considera

1. *Con fundamento en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con una falta suya cause perjuicio a otro está en el deber de reparárselo, la legislación colombiana consagra, en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, la responsabilidad por los delitos y las culpas.*

De acuerdo con dicha normación positiva, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos, queda jurídicamente obligado a resarcirlo; y según los principios reguladores de la carga de la prueba, quien en tal supuesto demande la indemnización corre con el deber de demostrar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquél.

2. *Mas, con el propósito de favorecer a las víctimas de los daños ocasionados en ciertos acontecimientos, la jurisprudencia nacional, apoyándose en la normación legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil, ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de las actividades denominadas peligrosas, después de haber advertido que el ejercicio de una actividad de dicha naturaleza coloca a los asociados en inminente peligro de recibir lesión, aunque se ejecute observándose por su autor toda la diligencia que ella exige.*

El referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se causa en ejercicio de una actividad peligrosa, se dispensa a la víctima de aportar la prueba, con frecuencia difícil, de la imprudencia o descuido de la persona a la que demanda la reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de ésta por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el perjuicio fue la resultante de un caso fortuito, de fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño, dentro del cual se halla la culpa exclusiva de la víctima.

Desde vieja data la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que, en materia de responsabilidad civil aquiliana, el precitado artículo 2356 no tiene por objeto repetir la regla del texto 2341 ibídem, sino que, separándose del sistema expuesto en este último, o sea la reparación del perjuicio con base en la culpa probada, establece una presunción de culpa cuando el daño deriva de un hecho que por su naturaleza, o las circunstancias en que ocurre, permiten atribuirlo a malicia o negligencia de otra persona.

3. *Cuando el actor de la relación procesal está amparado por la presunción de culpa, es al reo a quien incumbe demostrar que el hecho se produjo en alguna de las circunstancias que excluyen su responsabilidad civil. Entre éstas se menciona la culpa exclusiva de la víctima, por la muy obvia razón de que resulta absurdo aun el mero enunciado consistente en que dicha víctima pueda demandar la reparación de un daño que ella ha sufrido por su propia negligencia.*

La falta de la víctima, cuando es la única causa del daño producido, exonera de toda clase de responsabilidad civil, no sólo de aquella que reposa o se fundamenta sobre una falta probada, sino también de la que se apoya en una falta presunta.

Pero para que la culpa de la víctima tenga la relevancia jurídica apuntada, o sea para que constituya una eximente de responsabilidad civil al demandado, es preciso que ella haya sido la causa exclusiva del daño; que absorba de alguna manera pero integralmente la imprudencia y el descuido del demandado, los cuales por consiguiente no tendrán ya ninguna trascendencia en la producción del perjuicio.

4. *Ciertamente, como al unísono lo reconocen jurisprudencia y doctrina, no son infrecuentes los casos en que un daño resulta de la conjunción de varios acontecimientos. Dicese entonces que todos esos acontecimientos son la causa del perjuicio, pero en el sentido de que la ausencia de uno de ellos habría bastado para que el daño no se hubiera producido.*

En dichos supuestos, que en la doctrina se conocen con las denominaciones concurrencia de culpas y división de la responsabilidad, para deducir ésta la jurisprudencia ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, toda actividad que, entre las concurrentes, ha contribuido a la realización del perjuicio. No se trata, evidentemente, de una culpa común, es decir de la que ha sido cometida simultáneamente por el deman-

dado y la víctima, sino de dos culpas distintas que concurren a la realización del hecho dañoso, donde la de la víctima, justamente por no ser la preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no exime de responsabilidad al demandado, pero que sí se compensa, en la medida o grado que estime prudentemente el juez, de la del reo de la acción.

En providencias múltiples ha dicho invariablemente la Corte que "como el daño no siempre tiene su origen en la culpa exclusiva de la víctima, o en descuido único del demandado, sino que, en muchas ocasiones, tiene su manantial en concurrencia de culpas de uno y de otro, en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, entonces, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser obligado, sin quebranto de la equidad, a resarcir íntegramente el daño sufrido por la víctima. Si la acción o la omisión culposa de ésta fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el mismo lesionado, al menos parcialmente, su propio victimario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien sólo contribuyó a su producción, quien, realmente, no es su autor único, sino solamente su copartícipe" (sentencia de 9 de febrero de 1976, proferida en el ordinario de Consuelo viuda de Londoño y otros contra Avelino Hincapié, Gaceta Judicial, Tomo CLII, 26).

5. Pero si el perjuicio generalmente es experimentado por una persona, no son ciertamente infrecuentes los casos en que un solo daño alcanza o afecta a una pluralidad de individuos: entonces cada una de las personas cuyo patrimonio resulta así lesionado, tendrá derecho a demandar del responsable la reparación del perjuicio que ella ha sufrido con el acto ilícito.

Y si bien es verdad que en tal hipótesis, para demandar, no hay solidaridad activa alguna, por lo que cada uno de los que han soportado el perjuicio debe suplicar la reparación del suyo propio, con independencia de los demás afectados, nada impide sin embargo, y antes bien la economía procesal lo aconseja, que las respectivas acciones se acumulen en un proceso único: la vía del litisconsorcio facultativo permitirá entonces que en una sola sentencia se decida sobre indemnizaciones distintas.

6. En el caso de concurrencia de culpas sí hay, en cambio, responsabilidad solidaria; cada una

de las personas que participan en el acto ilícito es considerada como productora del daño y, en consecuencia, obligada a la reparación integral.

Como efecto de dicha solidaridad existente entre los varios sujetos pasivos de la acción indemnizatoria en comento, la víctima del daño no está obligada a accionar contra todos los responsables, o contra éste o aquél, sino que a elección suya puede dirigir su demanda contra uno o contra varios para que el deudor elegido le satisfaga el total de la reparación debida; pero, y como consecuencia de la apuntada solidaridad, el responsable que paga tiene acción de repetición contra los corresponsables por la cuota que les corresponda como deudores solidarios.

Cuando el proceso se traba entre la víctima directa del daño, cuya culpa ha concurrido a la producción de éste, y el demandado responsable, quizás con fundamento en la economía procesal la ley simplifica el sistema del doble proceso a que daría lugar la acción de repetición, exonerando parcialmente al demandado: en la sentencia de un litigio único el juez lo condenará sí pero sólo a reparar una fracción del daño, por quedar la otra parte a cargo de la víctima (artículo 2357 del Código Civil).

Obvio es entender que cuando el demandado responsable propone a su favor la compensación que surge de la concurrencia de culpas, está renunciando a que posteriormente se tramite otro proceso para hacer valer el derecho de repetición, pues lo que quiere es, simplemente, que en una sola y única sentencia la justicia resuelva de una vez cuál es la cuantía con la cual cada uno de los responsables de un daño debe contribuir a la reparación.

7. La aplicación de la concurrencia de culpas, que no presenta problema cuando la acción indemnizatoria es ejercida por la propia víctima, se torna en cambio compleja cuando ésta no sobrevive al accidente y entonces son sus parientes quienes la instauran. Se cuestiona si en este específico supuesto el demandado tiene derecho a oponer a sus demandantes la culpa en que incurrió el difunto. Al efecto este expediente ofrece dos tesis: negativa la una, que es la que acoge la sentencia del Tribunal ad quem; y positiva la otra, prohijada obviamente por el recurrente en casación.

Para la Corte esta última es la que, de tiempo atrás, aparece jurídica y por ello la ha aplicado en múltiples sentencias de casación, entre las cuales pueden citarse las siguientes: 15 de marzo

de 1941, Gaceta Judicial, Tomo L, página 793; 25 de marzo de 1953, Gaceta Judicial, Tomo LXXIV, página 419; 29 de noviembre de 1963, Gaceta Judicial, Tomo CIII, página 751; 29 de febrero de 1964, Gaceta Judicial, Tomo CVI, página 161; 9 de febrero de 1976, Gaceta Judicial, Tomo CLII, página 26; 27 de julio de 1977, proceso de Gilma Pimiento viuda de Badillo y otros contra Híznardo Ardila; y 26 de marzo de 1981, ordinario de María Margarita Correa y otros contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, estas dos últimas no publicadas en la Gaceta Judicial.

No encuentra hoy razones la Corte para modificar su doctrina en el punto, pues si bien es cierto que en casos como el que aquí se estudia no puede afirmarse inequívocamente que hubo culpa de los demandantes en la producción del daño, es evidente que para dicho acontecer sí concurrió la culpa de su pariente, muerto como resultas de ese accidente. Y si se trata en verdad de un solo hecho dañoso, esa unicidad no aconseja escindirle para estudiar separada y sucesivamente la proporción en que tales culpas determinaron la ocurrencia del acto ilícito.

Tratándose de personas que al fin y a la postre van a resultar recíprocamente deudoras y acreedoras; los demandantes por razón del óbito de la víctima directa, tanto la equidad como la economía procesal insinúan la conveniencia, sin que en verdad se vislumbre impedimento para ello, de que en el mismo proceso se decidan esas relaciones materiales que se hallan íntimamente relacionadas entre sí: La equidad, porque no parece justo que parientes de la misma víctima, al reclamar la reparación del perjuicio causado con el hecho ilícito a que contribuyó decisivamente su propio causante, reciban en unos casos indemnización integral y solamente parcial en otros, por el solo hecho de que actúen, en el primero, jure proprio y en el otro como sucesores del muerto; tampoco la economía, sencillamente porque no se acompasa con la necesidad de pronta justicia que los parientes de la víctima demanden al culpable que vive, quien, en ese procedimiento, será condenado al pago total de la indemnización; y luego, a renglón seguido, venga otro proceso para que el condenado en el primero obtenga de sus demandantes la restitución de parte de lo que a ellos entregó en cumplimiento de una primera sentencia, cuando dichos dos aspectos del litigio pueden decidirse simultáneamente en un solo fallo judicial.

8. También en este caso, como se dijo para el evento anterior, tiene que entenderse que cuan-

do el demandado responsable propone a los demandantes la compensación que surge de la concurrencia de las culpas de aquél y del pariente muerto de éstos, lo que busca es simplemente que en el mismo proceso se resuelva y determine la cuantía de la división de la responsabilidad; expresando implícitamente, de paso, que renuncia al derecho de instaurar posteriormente otro proceso para lograr la repetición parcial. Y tal proceder no se ve que sea contrario al derecho positivo, por ninguno de los aspectos que se lo contemple.

Cuando el legislador, mediante el artículo 2357 del Código Civil, dispuso que la indemnización del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, no quiso tal vez limitar su aplicación al caso de que sea la propia víctima la que demande, sino sentar el principio general que en caso de que haya culpa de la víctima, concurrente con la del demandado, debe haber reducción de la indemnización.

9. Como obvia conclusión de todo lo dicho tiene que seguirse que el Tribunal sentenciador, al no haber aplicado al caso presente la norma contenida en el artículo 2357 citado, muy a pesar de haber dado por demostrada la concurrencia de culpas, sí incurrió en el error *in judicando* que el casacionista le enrostra en esta censura.

Procede pues, para corregir el apuntado yerro, casar parcialmente la sentencia combatida, por haberse quebrantado con ella en forma directa y por falta de aplicación del precitado artículo 2357.

Sentencia substitutiva

1. Resulta de lo expuesto que por la prosperidad del cargo segundo la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse; pero como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicho cargo se le hace al fallo, o sea en cuanto en éste no se redujo el monto de la indemnización debida por la concurrencia de culpas reconocida, la sentencia que la Corte debe dictar como tribunal de instancia, tendrá que limitarse a suplir dicha omisión y reproducir las demás decisiones que trae el fallo impugnado, pues las censuras contra éstas no alcanzaron éxito.

2. Por cuanto siempre ha resultado difícil fijar la proporción y regular la partición de la responsabilidad en los casos del daño causado por concurrencia de culpas, la doctrina y la jurisprudencia han dejado la gradación cuantitativa de la indemnización a la prudencia del juzgador.

Amparada pues la Corte en esta facultad discrecional que al efecto le defiere implícitamente el legislador, y considerando que la culpa de los demandados y la que se le imputa y dedujo a la víctima del accidente pueden, en estrictez jurídica, estimarse como igualmente trascendentes o determinantes en la producción del perjuicio, cuya indemnización se suplica aquí, cree que lo indicado por la equidad es la de que el perjuicio deba ser reparado por mitad. O sea que los aquí demandados sólo deben pagar el 50% del monto de la indemnización.

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de siete (7) de abril de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario de Tulia Arango de Martínez en su propio nombre y como representante de sus menores hijos, en frente de Transportes Químicos Limitada y Luis A. Medina, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. REVÓCASE la sentencia de 21 de agosto de 1980, proferida en este proceso por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín.

Segundo. DECLÁRASE a los demandados Transportes Químicos Limitada y Luis A. Medina, civilmente responsables de los perjuicios sufridos por los demandantes a causa del accidente a consecuencia del cual falleció Luis Alfonso Martínez.

Parágrafo. La condena a pagar los perjuicios se reduce en un cincuenta por ciento (50%) por estar demostrada culpa concurrente de la víctima, de acuerdo con el artículo 2357 del Código Civil.

Tercero. DESESTÍMANSE las excepciones propuestas por la parte demandada.

Cuarto. En consecuencia se condena a los demandados a pagar a Tulia Arango de Martínez la suma de veinticinco mil pesos (\$ 25.000.00) y a cada uno de los otros demandantes la cantidad de quince mil pesos (\$ 15.000.00) por concepto de perjuicios morales.

Igualmente se les condena a pagar a favor de Tulia Arango de Martínez y de los mismos de-

mandantes que en el momento del accidente eran menores de edad, a título de lucro cesante la mitad de la cantidad que se liquide mediante el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. CONDÉNASE a la parte demandada al pago del cincuenta por ciento (50%) de las costas de primera y segunda instancias. Líquidense.

Sexto. DESESTÍMANSE las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo. Sin costas en el recurso de casación.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, salvó voto; Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto

Me separo parcialmente de la muy interesante posición tomada por la Corte en el despacho del cargo segundo, no obstante el espíritu de equidad que la alienta, por las siguientes razones:

1ª No existe prueba de que los demandantes sean herederos de la víctima, pues ni han invocado tal calidad, ni se adujo prueba de haber aceptado expresamente la herencia.

Como puede leerse en los poderes que otorgaron para reclamar la indemnización por la muerte de Luis Alfonso Martínez (folios 11 y 12 del cuaderno 1), los demandantes no actúan invocando calidad de herederos de éste, es decir, no ejercitan acción heredada, sino que proceden *iure proprio*.

2ª La cónyuge sobreviviente, Tulia Arango de Martínez, por cuanto el difunto dejó descendencia legítima, no puede tener la calidad de heredera suya en la sucesión intestada, desde luego que el cónyuge sólo es llamado por la ley a partir del segundo orden hereditario, pero no en el primero en que los hijos son factor excluyente.

3ª Como quiera que no se trajo copia de testamento, no se sabe a quiénes se atribuyó la cuarta de mejoras ni quiénes son los llamados a la de libre disposición.

4ª En una palabra, con las pruebas aducidas, es imposible afirmar quiénes son los "herederos"

de Luis Alfonso Martínez. Por el contrario, sin vacilación se puede aseverar que su viuda, Tulia Arango de Martínez, no es heredera suya.

5ª La tesis ahora sostenida por la Corte, en el preciso punto de que me aparto, puede enunciarse así:

Cuando el daño que se reclama se produce tanto por culpa del demandado como de la víctima que fallece, entonces, aunque los demandantes no ejerciten la acción heredada que éste les transmite por su muerte, sino que actúan a su nombre, es decir, no *iure hereditario* sino *iure proprio*, la apreciación del daño está sujeta a reducción, siempre que los demandantes sean "parientes" de la víctima.

Dos objeciones hago a la tesis así planteada: en primer lugar, si los actores obran a nombre propio es claro que la culpa de la víctima, sería culpa de un *tercero* que, por tanto, no puede perjudicarlos; y segundamente que, a voces de los artículos 1155 y 1411 del Código Civil, son los *herederos*, o sea los asignatarios a títulos universal, quienes representan al difunto, le suceden en sus obligaciones transmisibles y dividen entre sí, a prorrata de sus cuotas, las deudas del

de cuius. Lo cual no puede predicarse de otros asignatarios como los legatarios y mucho menos de los simples "parientes".

6ª La tesis demasiado amplia; acogida ahora por la Corte no merecería mi respetuoso reparo si ella sólo fuera aplicable al caso en que los demandantes sean realmente "herederos" de la víctima, aunque no actúen con esta calidad, pues en virtud de las normas antes citadas, estarían obligados al pago de las deudas hereditarias.

No me parece justo obligar a la viuda a cargar con las deudas del difunto sin ser su heredera ni su pariente y obligar a los hijos, por el solo hecho de ser "parientes", a soportar el *total* de una carga hereditaria, sin estar determinados los sucesores a título universal entre quienes debería hacerse el reparto del débito.

Por lo brevemente expuesto tengo que separarme del ilustrado criterio de la mayoría y apoyar, en cambio, las consideraciones del Tribunal, que, por otra parte, tienen un firme soporte en la doctrina que, entre otros, propugnan Mazeaud y Tunc y Alessandri Rodríguez.

Bogotá, mayo 14 de 1982.

Germán Giraldo Zuluaga.

TECNICA DE CASACION

La Corte no puede ordenar el cumplimiento de un contrato que por decisión no impugnada se halla resuelto. Es deber inexcusable para el recurrente en orden a integrar la censura, combatir primeramente el decreto de resolución del contrato y luego la negativa que con dicho fallo se dio a su propia pretensión.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 9 de junio de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado principal contra la sentencia de 8 de julio de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por William Ossa Ossa contra Luis Eduardo Betancur Suárez.

I *Antecedentes*

1. El 16 de enero de 1979, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en la ciudad de Medellín y que reconocieron ante el Notario Décimo de allí, se ajustó entre los citados William Ossa, por una parte, y Luis Eduardo Betancur, por la otra, el contrato que denominaron "promesa de permuta" y cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) El primero de los citados, representado en ese acto por su apoderado general Carlos Hernán Ossa Osorio, se comprometió a transferir a favor del segundo una finca rural ubicada en la vereda de "El Tablazo", Municipio de Rio-negro, y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por un costado, con propiedad de Balahan Echeverri; por el otro costado, con propiedad de Javier Mejía y Heriberto Echeverri; por otro costado, con propiedad de un hermano de Heriberto Echeverri; y por el otro costado, con propiedad de un doctor Uribe";

b) Por su parte, Betancur Suárez se comprometió a transferir a favor de William Ossa, a

través de su apoderado general Carlos Hernán Ossa, "un lote de terreno con casa de habitación de dos plantas individuales, distinguidas en sus puertas de entrada con los números 48-17/21, de la calle 48-A, barrio El Estadio" de dicha ciudad de Medellín, con todas sus mejoras y anexidades, expresándose que sus "linderos constan en el título adquisitivo que se presentará oportunamente para la elaboración de la escritura";

c) Acordaron los contratantes como precios de los inmuebles prometidos transferir, los siguientes: \$ 1.000.000.00 para el que debía tradir Ossa a Betancur; y \$ 2.700.000.00 para el que éste debía enajenar a aquél. Estipularon que la diferencia de \$ 1.700.000.00, resultante de la compensación de precios, la pagaría Ossa a Betancur, así: \$ 100.000.00 que entregó en ese acto y que éste declaró "tener recibidos a satisfacción"; y el saldo de \$ 1.600.000.00 "a la firma de la correspondiente escritura";

d) Mediante la cláusula quinta del pacto, acordaron los convencionistas que la escritura mediante la cual se perfeccionaría el contrato prometido se firmaría "en la Notaría Décima de Medellín, dentro de un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de este compromiso";

e) Obligóse el contratante Ossa a entregar a Betancur el inmueble que aquél prometió enajenar a éste, el 20 de enero de ese mismo año de 1979, o sea cuatro días después de ajustado el convenio; y Betancur a entregar a Ossa el otro bien en la fecha acordada para otorgar la escritura pública, "debidamente desocupada"; y

f) Finalmente estipularon, "como multa o cláusula penal", la suma de \$ 300.000.00, que pagará "la parte que se hiciere renuente a cum-

plir las estipulaciones aquí contraídas a la parte que hubiere permanecido firme”.

2. El contratante Ossa, por intermedio de su representante convencional, procedió a entregar a Betancur Suárez el 20 de enero de 1979 la finca que le prometió enajenar, la que desde entonces éste detenta.

3. El 12 de marzo de ese mismo año, según lo evidencia el recibo que en esa fecha se firmó por Luis Eduardo Betancur, éste recibió de Carlos Hernán Ossa, apoderado de William Ossa, un cheque de gerencia por la suma de \$ 100.000.00, “a cuenta de un negocio que se hizo . . . , en cambio de una tierra en Rionegro, a unas casas por El Estadio”.

4. Según lo dice el certificado que al efecto expidió el Notario Décimo de Medellín y que se adujo a los autos, Carlos Hernán Ossa Osorio, en su calidad de apoderado general de William Ossa Ossa, compareció a dicha notaría el 16 de abril de 1979 con el fin de suscribir y dar “cumplimiento al *contrato de permuta* que suscribió en fecha enero 16 con el señor Luis Eduardo Betancur Suárez”.

Certificó el notario además, que el compareciente llevó entonces consigo y le exhibió los siguientes documentos: paz y salvo nacional por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios, “expedido a nombre del señor William Ossa Ossa”, con vencimiento al 2 de mayo siguiente; paz y salvo por concepto de impuesto predial y valorización, “con vigencia a la fecha”; fotocopia de la Escritura número 133 de 31 de enero de 1978, debidamente registrada, donde “consta que su poderdante tiene el dominio sobre un inmueble ubicado en Rionegro, el mismo que figura en el contrato de permuta”; y fotocopias autenticadas del poder general conferido al compareciente por Ossa Ossa y “del contrato de permuta”.

II

El litigio

1. Mediante libelo que fue repartido el 27 de julio de 1979 al Juzgado Catorce Civil del Circuito de Medellín, el citado William Ossa Ossa demandó al mentado Luis Eduardo Betancur a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento del demandado en las obligaciones que para él gene-

ró, el contrato de promesa acordado por ellos y contenido en documento suscrito en la ciudad de Medellín el 16 de enero de 1979;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado Betancur Suárez a restituir a Ossa Ossa, dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el inmueble que con causa en ese contrato recibió de su demandante;

c) Que se lo condene así mismo a pagarle el valor de los frutos civiles producidos por dicha finca desde el 20 de enero de 1979, fecha en que la recibió y hasta el día en que la restitución se verifique;

d) Que se condene al citado Betancur, además, a restituir a Ossa Ossa la suma de \$ 200.000.00 más los intereses comerciales, causados así: de \$ 100.000.00, recibidos el 16 de enero de 1979; y de \$ 100.000.00, que también recibió a buena cuenta del precio el 12 de marzo de ese mismo año, y

e) Que se le impongan al demandado las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones el demandante invocó, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que pueden sintetizarse así:

Que tal cual estaba pactado, Ossa Ossa entregó a Betancur Suárez el 20 de enero de 1979 la finca que le había prometido enajenar, pero que no obstante ello Suárez no entregó el inmueble que a él correspondía entregar; que como en el contrato acordado no se fijó hora para otorgar la escritura mediante la cual se perfeccionaría el pacto prometido, el 16 de abril de 1979 el demandante avisó al demandado, mediante telegrama urgente, que ese día lo esperaría en la Notaría Décima de Medellín para cumplir lo convenido, lo que efectivamente hizo por intermedio de su apoderado general Carlos Hernán Ossa; y que Betancur Suárez ni cumplió, ni se allanó a cumplir lo pactado, puesto que, agrega el demandante, ni otorgó la escritura, ni pudo entregar el inmueble totalmente desocupado, ya que “el inquilino de una de las plantas de la edificación, señor Mario Yepes, sólo desocupó el 13 de mayo del año en curso”.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a la declaración de las peticiones contenidas en ella.

Y en cuanto a los hechos afirmados, salvo los atinentes a la celebración del contrato de pro-

mesa y sus estipulaciones referentes al precio y fechas acordadas, negó los demás. Afirmó que, contrariamente a lo que se asevera en la demanda, él sí asistió a la Notaría Décima de Medellín el 16 de abril de 1979, lo que hizo por conducto de su representante Carlos Peña Marín; que ese día éste y el abogado del apoderado de Ossa, Rubén Darío Cardona, acordaron "reunirse al día siguiente para replanteamientos en la promesa convenida. Se acordó que se firmaría la escritura al día siguiente y que Ossa recibiría las propiedades ofrecidas por Betancur, porque sabía que los inquilinos de una de ellas entregarían en esa quincena ...".

En esa misma oportunidad expresó el demandado que "está dispuesto a cumplir la promesa de contrato que con la demanda se busca disolver y para tal efecto, los inmuebles ofrecidos están a disposición" del demandante.

4. Durante el término del traslado de la demanda inicial el demandado, fundándose jurídicamente en la facultad que le confiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, formuló demanda de reconvencción contra su demandante, a efecto de que se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que el contrato de promesa celebrado por ellos y plasmado en el documento suscrito en Medellín el 16 de enero de 1979, "tiene plena validez y está vigente";

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Ossa Ossa a otorgar, dentro del término de ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, la escritura "prometida y a pagar los dineros debidos con sus respectivos intereses"; y

c) Que se le impongan al contrademandado las costas del proceso.

En subsidio de las dos primeras súplicas anteriores, impetró el contrademandante las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de William Ossa en las obligaciones que para él generó, el referido contrato de promesa por ellos concertado el 16 de enero de 1979;

b) Que, como consecuencia, se condene al citado Ossa a pagar a Betancur Suárez las sumas de \$ 300.000.00, acordada como cláusula penal; \$ 40.000.00 mensuales desde mayo de dicho año, equivalente al lucro cesante "ocasionado con la desocupación de los inmuebles prometidos por Betancur Suárez y no alquilados con el fin de

cumplir lo estipulado"; \$ 100.000.00, que corresponde al valor de la "depreciación comercial de los inmuebles habida cuenta que el no uso de ellos conlleva daños"; y, además, todo el valor de las mejoras que el contrademandante efectuó "en la propiedad entregada por el doctor Ossa, las que se evaluarán pericialmente".

5. Como fundamento de sus pretensiones el reconviniente invocó, además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, los que quedan sustancialmente compendiados en las siguientes afirmaciones:

Que el 16 de abril de 1979, día acordado para otorgar la escritura que perfeccionaría el contrato prometido, él sí asistió, acompañado de su abogado Luis Carlos Peña Marín, a la Notaría Décima de Medellín, a donde también compareció Carlos Hernán Ossa, como apoderado de William Ossa Ossa; que entonces éste aceptó, luego de las conversaciones habidas entre ellos, "recibir una de las propiedades con el inquilino que la ocupaba" y que por eso convinieron en que "la promesa se elevaría a escritura pública al día siguiente"; que entonces el 17 de ese mismo mes Carlos H. Ossa "se negó a hacer el negocio manifestando que sólo lo haría una vez llamara a su mandante William Ossa, quien se negó a aceptar la modificación"; que los inmuebles que Betancur Suárez prometió transferir a William Ossa se hallan totalmente desocupados, el uno desde febrero y el otro desde mayo de 1979; y que la finca que con causa en el contrato referido recibió el reconviniente de su reconvenido, "tenía un principio de construcción, la misma que aquél continuó, así como el mejoramiento de pastos e inversión en cultivos, mejoras todas estas que deben reconocérsele en caso de no hacerse efectivo el negocio".

6. Enterado que fue el contrademandado de la demanda de mutua petición, oportunamente la contestó negando los hechos que, afirmados en ella, le son desfavorables; expresó entonces que él sí cumplió con las obligaciones que le correspondían, y que no es cierto que se hubiese prorrogado el plazo inicialmente acordado para otorgar la escritura pública.

En ese mismo escrito el contrademandado propuso como de mérito la excepción que denominó "inexistencia de las obligaciones que el señor Luis Eduardo Betancur S. demanda", medio defensivo que hizo consistir en que el contrato prometido no se realizó por culpa exclusiva de éste.

7. Trabada así la relación jurídico-procesal, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 10 de noviembre de 1980, mediante la cual decidió la controversia denegando todas las pretensiones, tanto las deducidas por el demandante en la demanda principal como las del demandado en la de reconvencción; absolvió a los litigantes de los cargos que recíprocamente se enrostraron; y, finalmente, dispuso que "cada parte sufragará las costas a que dio lugar".

8. Como efecto de la apelación que ambas partes interpusieron contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de haber rituado la instancia, infirmó la sentencia apelada y en su lugar decidió el litigio así:

a) Acogiendo las súplicas de la demanda principal, decretó, por incumplimiento del demandado Betancur Suárez, la resolución del contrato de promesa concertado por los litigantes el 16 de enero de 1979;

b) Condenó a dicho demandado a restituir a su demandante el inmueble que éste recibió materialmente en cumplimiento de la promesa resuelta: a pagarle también, condenación que hizo *in genere*, el valor de los frutos civiles producidos por esa finca "desde la fecha de la contestación de la demanda"; y a restituirle la suma de \$ 200.000.00, "junto con sus correspondientes intereses legales", los que dispuso liquidar desde el 16 de enero de 1979, para los primeros \$ 100.000.00, y desde el 12 de marzo siguiente sobre los otros \$ 100.000.00;

c) Dispuso que el demandante principal, William Ossa Ossa, debe pagar a su demandado Betancur Suárez el valor de las mejoras implantadas por éste en el inmueble cuya restitución decretó;

d) Absolvió al contrademandado William Ossa Ossa de los cargos "contra él formulados en la demanda de reconvencción", y

e) Finalmente impuso al demandado principal y contrademandante, el citado Betancur Suárez, la obligación de pagar el 80% de las costas procesales causadas en las dos instancias.

III

Motivación del fallo de segundo grado.

1. Después de referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, en el proemio

de las consideraciones de su sentencia el Tribunal de Medellín, con transcripción del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y citas jurisprudenciales, analiza la naturaleza y los efectos jurídicos del contrato de promesa.

Estima el *ad quem*, concretando sus consideraciones al caso *sub judice*, que la promesa concertada por los sujetos de este litigio reúne los requisitos exigidos para su validez, no obstante que en ella se observa un vacío, que es, dice, "en cuanto a los linderos del bien inmueble prometido por Betancur a Ossa"; pero que como aquél se comprometió a entregar a éste el respectivo título de adquisición "para tomarlos de él al elaborar la escritura", dicho bien sí resulta determinable, pues "se estipularon formas para individualizarlo".

Cree además el Tribunal, y así lo asevera, que no obstante que los contratantes hablaron de contrato de promesa de permuta, el por ellos celebrado lo es de compraventa, al que, por consiguiente, le es aplicable el régimen jurídico establecido por el artículo 1546 del Código Civil.

2. Acomete en seguida el *ad quem* el análisis de las pruebas practicadas para determinar, dice, "si las partes cumplieron o no con la obligación de hacer" emanada de la promesa de contrato.

Y al efecto, en relación concreta con la comparecencia de los promitentes a la Notaría Décima de Medellín el 16 de abril de 1979, amparado en el certificado que en esa fecha expidió ese funcionario, dice que Carlos Hernán Ossa Osorio, en su calidad de apoderado general de William Ossa, sí se hizo presente ese día en esa oficina "con el fin de dar cumplimiento a la promesa..., y que presentó los certificados necesarios para la elaboración de la escritura, así como el poder general conferido por el demandante". Que en cambio, Betancur Suárez no allegó al proceso "la correspondiente certificación notarial para demostrar su ánimo de cumplir, y para desvirtuar la afirmación hecha por el demandante en el sentido de que Betancur no había concurrido".

Observa el Tribunal que si bien el demandado, a intento de demostrar su comparecencia a la Notaría el día referido, adujo el testimonio de Luis Carlos Peña Marín, quien así lo afirma, dicha declaración resulta débil para demostrar el hecho por "la existencia de un parentesco entre el testigo y la esposa del demandado, a más de vieja amistad entre aquél y éste".

3. Concluye pues el Tribunal, en primer lugar, que el demandado Betancur no concurrió a la notaría el día en que estaba obligado; y que si pudiera decirse lo contrario, faltaría la prueba de que “disponía en ese momento de los certificados y demás elementos necesarios para que el notario hubiese podido autorizar el instrumento”; que, además, otras pruebas sí indican claramente la inexistencia, para ese día, de dichos certificados y de otros documentos indispensables.

Explanando su aseveración en el punto, asevera el juzgador de segunda instancia que el certificado de paz y salvo que el demandado presentó en la diligencia de inspección judicial practicada en el proceso, tenía vigencia únicamente hasta el 10 de abril de 1979, por lo que “ya estaba vencido en la fecha prevista para el otorgamiento de la escritura”; que no aportó el de paz y salvo con el Catastro de Medellín; que, relativamente al de valorización municipal, “debe anotarse que sólo se aportó en fotocopia no autenticada”; y que la copia de la Escritura número 5771, que según el contrato de promesa debía entregar al demandante para tomar de ella los linderos del bien, solamente fue expedida el 8 de febrero de 1980, es decir, mucho después de la fecha acordada contractualmente.

4. Para corroborar su cardinal conclusión en el punto, agrega el juzgador de segundo grado que el demandado Betancur tampoco se allanó a cumplir con su obligación de entregar, el 16 de abril de 1979, “la casa debidamente desocupada al momento de la escritura”, como lo confesó el mismo demandado “tanto en la contestación de la demanda, como en la demanda de reconvencción y en el interrogatorio absuelto” por él a petición de su demandante.

Cree el Tribunal *ad quem*, y en ese aserto atribuye la conclusión anterior, que si por la cláusula sexta del contrato se dijo que “Luis E. Betancur hará entrega de la casa debidamente desocupada al momento de la escritura”, eso no significa que las partes sometieron la promesa a una condición suspensiva, pues que el nacimiento de las obligaciones surgidas de dicho pacto “en forma alguna quedó condicionado”, sino que las partes quisieron expresar, en tal discurso, fue la determinación “de la época de las respectivas entregas”. Y que a tal interpretación contribuyen, de una parte, la conducta del demandado, quien “a lo largo del proceso no alegó esa presunta condición suspensiva”; y de otra, el hecho de que Ossa entregó su finca el 20 de

enero de ese año y le abonó a Betancur dineros a cuenta de la diferencia de precios.

Añade, en apoyo de la interpretación que hace, que lo que el demandado siempre alegó, tanto en primera como en segunda instancias, así en la contestación a la demanda principal como en la demanda de reconvencción que formuló, fue “la prórroga del plazo para perfeccionar el contrato prometido”.

De todo lo cual infiere el Tribunal, como conclusión para él “lógica”, la de que Luis Eduardo Betancur incumplió “la obligación de hacer contenida en la promesa de contrato . . . razón por la cual opera la condición resolutoria tácita que consagra el artículo 1546 del Código Civil”; y que, en cambio, como el demandante Ossa Ossa sí cumplió con sus obligaciones, la demanda de éste tiene que prosperar”; que “no podrán prosperar, en consecuencia, las solicitudes formuladas en la demanda de reconvencción”.

5. Llevadas sus consideraciones a este punto, acomete en seguida el sentenciador *ad quem* el estudio de las pretensiones consecuenciales a la de resolución del contrato.

Al respecto dice que como Betancur, con causa en el contrato que se resuelve, recibió la finca de propiedad de Ossa, tiene la obligación de restituírsela junto con los frutos producidos desde la contestación de la demanda, por estar asistido de buena fe; que, por su parte, el demandante Ossa Ossa debe pagar a Betancur el valor de las mejoras que éste implantó en la finca, de lo cual hay prueba en el proceso, pero que como no hay en éste la prueba plena de su monto deberá hacerse posteriormente la liquidación respectiva.

IV

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente le formula a dicho fallo un solo cargo.

Mediante él lo acusa de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 1609 del Código Civil; y por falta de aplicación, los textos 1530, 1534, 1536, 1539, 1542, 1545, 1553, 1602, 1603, 1604, 1608, 1613, 1614 y 1615 de la misma codificación, a causa de los errores de hecho ostensibles en que habría incurrido el senten-

ciador al dar “por demostrado un hecho sin existir en los autos prueba de él, como también, al no dar por acreditado un hecho, a pesar de existir en el proceso su prueba”.

Considera el censor que el Tribunal apreció “desacertadamente” estas pruebas: el contrato de promesa de compraventa; las declaraciones de Luis Carlos Peña, Gustavo Giraldo, Luis Alfonso Londoño, Heriberto Echeverri y Jesús María Peña; el interrogatorio de parte absuelto por el demandado; y, por último, su alegato de sustentación de la apelación.

2. En desarrollo de la censura el sentenciador, luego de transcribir la cláusula del contrato de promesa referente a que “Ossa entregó la finca el 20 de enero del corriente año y el contratante Luis E. Betancur hará entrega de la casa debidamente desocupada al momento de la firma de la escritura pública”, dice que el yerro de hecho en que incurrió el Tribunal consiste “en haber dejado de apreciar el texto de la cláusula sexta del contrato”, la que, asevera la impugnación, indica que la obligación de entregar que correspondía al demandado “estaba sujeta a una condición suspensiva”.

Agrega el casacionista que, según dicho pacto, “la obligación del demandante, era una obligación a plazo, consistente en darle al demandado la escritura de la finca ubicada en la vereda El Tablazo del Municipio de Rionegro. Otra distinta surge para el demandado señor Betancur Suárez cual es, una obligación condicional”.

Añade que el yerro del sentenciador consistió, de otra parte, en “haber dejado de apreciar las declaraciones que más adelante citaré”; en la “deficiente apreciación dada por el demandado (sic) en absolver el interrogatorio de parte”; y en la “deficiente apreciación” de los testimonios referidos en el encabezamiento del cargo.

Dice la censura que tales errores de hecho “condujeron al honorable Tribunal de Medellín a infringir, por aplicación indebida, el artículo 1609 del Código Civil, por cuanto desconoció la acción resolutoria, o la tuvo como errada mediante el reconocimiento de la *exceptio non adimpleti contractus*”.

3. Y luego de referirse extensamente, con cita de las normas que considera infringidas con la sentencia que combate, a las obligaciones puras y simples y a las condicionales, afirma que la promesa de compraventa, cuyo efecto propio es el otorgamiento de la escritura de enajenación cuando de inmuebles se trata, “deja de contera

las obligaciones puras y simples para ser sometidas a plazo o condición”; que, mirada así la cuestión, hay que aceptar que en el presente caso la promesa de compraventa generó obligaciones diferentes para los dos contratantes: “para el demandante William Ossa la de hacer entrega material del fundo rural ubicado en el Municipio de Rionegro . . . ; el demandado se obligó, al mismo tiempo condicionalmente a hacer entrega de la casa *debidamente desocupada al momento de la firma de la escritura . . .*”.

Que por “la deficiente apreciación que le dio el honorable Tribunal al acervo probatorio”, éste no vio la existencia de la condición que supeditaba el nacimiento de la obligación del demandado; y que todo ese material probatorio, asevera el impugnante, indica y lleva a la conclusión cierta que “el señor William Ossa no celebró el contrato de promesa de compraventa, *que el contrato no lo realizó por cuanto no se había cumplido la condición de entregar los inmuebles ubicados en la ciudad de Medellín*”.

V

Consideraciones de la Corte

1ª Como inequívocamente se infiere del extracto que de su sentencia se ha hecho, y más precisamente de las decisiones en ella tomadas, el Tribunal de Medellín, antes de denegar las peticiones deducidas en la demanda de reconvencción, o sea las atinentes al cumplimiento del contrato de promesa, o su resolución por incumplimiento del demandante William Ossa, accedió a decretar la resolución de dicho pacto por el incumplimiento de Betancur Suárez a las obligaciones que para él generó la convención.

Es decir, que al desatar las demandas acumuladas en este proceso, el Tribunal ad quem profirió sentencia estimativa de las pretensiones deducidas en la principal, y desestimativa de las incoadas en la de reconvencción.

2ª La demanda de casación, como se deduce del resumen que se ha hecho del único cargo que ella trae, se limita a impugnar solamente las resoluciones de la sentencia del Tribunal referentes a la contrademandada, pero omite combatir las que tomó relativamente a la demanda principal.

Siendo ello así, como en realidad lo es, la censura resulta incompleta en su formulación y por ende ineficaz, pues la Corte no podría ordenar el cumplimiento de un contrato que por decisión no impugnada y por consiguiente ya firme se

halla resuelto, por causa del incumplimiento del demandado, como lo pretende éste en su demanda de mutua petición; o declarar resuelto ese mismo contrato, pero por el incumplimiento de la contraparte, que es lo que aquél persigue subsidiariamente.

Por ser claramente antitéticas o antagónicas entre sí, esas decisiones no podrían tomarse simultáneamente; acoger la pretensión del demandado sin antes infirmar lo resuelto por el ad quem frente a la otra demanda, lo que no puede hacerse por absoluta falta de impugnación al respecto, implicaría un grave pecado contra la lógica de las cosas: la sentencia que así se concibiera sería ostensiblemente contradictoria en sus decisiones y por ende de imposible cumplimiento.

3ª Así precisado el alcance de la sentencia recurrida se le imponía al recurrente, como deber inexcusable para integrar completamente la censura, combatir primeramente el decreto de resolución del contrato y luego la negativa que en dicho fallo se dio a su propia pretensión.

Lo que sólo habría alcanzado denunciando como quebrantado con la sentencia el artículo 1546 del Código Civil, por aplicación indebida frente al decreto de resolución del contrato, pues con base en dicha norma fue que la dictó el ad quem; y por falta de aplicación de ese mismo precepto en lo tocante con la negativa de sus pretensiones, que el fallador estimó inaplicable en lo pedido por el reconviniente.

Acontece empero que la demanda de casación no acusa violación de dicho texto legal sustancial, en ninguna de las especies de quebranto, sin que le sea dado a la Corte, como Tribunal de casación, considerar oficiosamente infracciones no denunciadas por el recurrente, pues se lo veda el carácter dispositivo de este recurso extraordinario.

4ª Cabría agregar, para relieves aún más la falta de técnica en la formulación del cargo, que relativamente a las pretensiones del contrademandante la sentencia se redujo a negarlas, sin que al respecto hubiese reconocido la excepción de contrato no cumplido. Siendo ello así, resulta claramente antitécnico que la demanda de casación acuse aplicación indebida del artículo 1609

del Código Civil, pues esta es norma que el Tribunal no hizo actuar en su fallo.

5ª Se puede observar, finalmente, que la censura hace consistir el error de hecho que denuncia en la afirmación de que el Tribunal “dejó de apreciar las pruebas” que aquélla enumera, o sea el contrato de promesa de compraventa, el interrogatorio de parte absuelto por el demandado y las declaraciones testimoniales recibidas; pero a renglón seguido expresa que dicho yerro emana también “de la deficiente apreciación” de esas mismas probanzas.

Concebida así la acusación tiene que seguirse que ella carece de logicidad, pues si el sentenciador deja de apreciar un medio probativo no puede decirse, sin pecar contra la lógica, que lo apreció deficientemente; o si la apreció, así lo hubiese sido erróneamente, no cabe afirmar que ese medio fue preterido en la sentencia o no apreciado en ella.

Bien es verdad que el error de hecho puede tener su causa en la no apreciación de una prueba o en la apreciación errónea de ésta; pero frente al mismo medio probativo no puede darse el yerro de facto por las dos causas simultáneamente, pues la una excluye la otra.

Se rechaza, pues, el cargo.

VI 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 ocho (8) de julio pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

APRECIACION RACIONAL DE LA PRUEBA

Es deber del juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 14 de junio de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 8 de julio de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Gilberto Chica Arias en frente de la sociedad "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada" y otros.

I *El litigio*

1. Mediante escrito repartido el 22 de febrero de 1979 al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, y que fue reformado por el de 5 de abril siguiente, el citado Gilberto Chica Arias demandó a las sociedades "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada (Colocar)" y "Crédito Automotriz Limitada Crediauto", y a Javier Piedrahíta Restrepo en procura de que, previa la tramitación del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que se imponga a los demandados la obligación de pagar a su demandante el "total del lucro cesante que ha dejado de producir el vehículo" Polski 125, modelo 1978, que éste compró a aquéllos el 25 de agosto de 1978 para destinarlo al servicio público;

b) Que "se resinda (sic) el contrato celebrado entre demandante y demandados, o que subsidiariamente se condene a los demandados a entregar el vehículo nuevo con todos sus accesorios, entre ellos la carta de opción de servicio público,

lo mismo que el pago por la indemnización de perjuicios que han causado ...", y

c) Que se condene a los demandados en las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Que el 25 de agosto de 1978 las sociedades "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada", representada por su Gerente Gabriela Restrepo de Piedrahíta y "Crédito Automotriz Limitada (Crediauto)", le vendieron al demandante un automóvil marca Polski, modelo 1978, distinguido con el motor número 780556, chasis número 002524, con capacidad para cinco personas y destinado para el servicio público, por el precio total de \$ 376.000.00;

b) Que dicho valor se comprometió a pagarlo el comprador mediante una cuota inicial de \$ 87.605.00, la cual cubrió en ese acto, y 24 cuotas mensuales cada una por \$ 12.043.00, de las que ha pagado las tres primeras y sólo adeuda, en el momento de presentar la demanda, dos cuotas vencidas, "las cuales no he pagado por las razones de derecho que más adelante expondré", pero que está presto a consignar su valor "una vez sea admitida esta demanda";

c) Que como dicha venta se hizo por el sistema de amortización periódica, se pactó sobre el vehículo una prenda a favor de la entidad "Crédito Automotriz Limitada (Crediauto)";

d) Que en esa misma fecha el automotor le fue entregado materialmente al comprador por intermedio de Javier Piedrahíta, quien "también ocupa un cargo importante dentro de la empresa vendedora";

e) Que recibido por él el automotor, el comprador lo empezó a trabajar en el servicio público hasta el 2 de diciembre siguiente, fecha en que lo dejó en un aparcadero de la ciudad de Medellín, en donde el propietario de éste “pudo observar que el vehículo tenía el chasis partido totalmente, o sea que el vehículo traía este vicio oculto de fabricación”;

f) Que entonces y por esa razón devolvió el automotor a la compañía vendedora por intermedio de Javier Piedrahíta en donde, después de haber comprobado los desperfectos del carro, se ordenó su reparación y luego su entrega al demandante, quien se negó a recibirlo “ya que comercialmente la depreciación a que está sometido el vehículo, era de gran envergadura, pues ninguna persona se arriesgaría a comprarlo”;

g) Que el comprador exigió, en cambio, se le entregara un vehículo nuevo, a lo que inicialmente la compañía se negó, hasta que el 15 de diciembre de 1978 el citado Piedrahíta, después que reconoció la gravedad del daño del automóvil, ofreció al comprador que le daría \$ 50.000.00 por el lucro cesante y la depreciación comercial, lo mismo “que se me entregaría el vehículo reparado con una carta de garantía”;

h) Que como tal oferta no fue aceptada por el demandante, entonces Piedrahíta le entregó a aquél el 20 de ese mismo mes de diciembre una carta “en la cual la empresa se comprometía conmigo a entregar un nuevo vehículo entre los días comprendidos del 8 al 15 de enero de 1979 y que el lucro cesante lo discutiríamos después”, e

i) Que en la última de estas dos fechas acordadas en la referida carta para la entrega del automóvil nuevo, el demandante, en compañía de su abogado, se presentó “a reclamar el vehículo, y los resultados fueron negativos, pues se me manifestó que no había vehículos nuevos y que debía esperar 70 días para hacerme entrega de éste”.

3. En sus respectivas contestaciones a la demanda todos los demandados se opusieron a las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos en ella afirmados, aceptaron algunos pero negaron los más.

La gerente de la sociedad demandada “Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada”, expresó que ella no había intervenido directamente en la compraventa del automotor aludido, puesto que, como se deduce de la factura número

31679 del 25 de agosto de 1978, la venta la hizo Javier Piedrahíta R., quien entregó el vehículo al comprador “a plena satisfacción, previa revisión y constatándose que el chasis se encontraba en perfectas condiciones, sin quebraduras de ninguna naturaleza”; que el citado automóvil se entregó con 21 kilómetros de recorrido y sólo cuatro meses después, el 4 de diciembre de ese año, el comprador “lo llevó a la empresa ‘Colocar’ arguyendo que dicho vehículo tenía partido el chasis”, pero cuando ya había recorrido 1.303 kilómetros; que entonces la compañía vendedora lo envió a los talleres de la “B.M.W.” en donde, luego de comprobar que el carro presentaba “la tijera izquierda del tren delantero golpeado por debajo”, procedieron a su reparación por cuenta de “Colocar”; que muy a pesar de que la sociedad “no estaba obligada a reconocer desperfecto alguno del chasis, puesto que se encontraba perfectamente bien a su entrega”, ante el rehusamiento del comprador a recibir el vehículo se llegó “al siguiente acuerdo de voluntades: ‘El Gerente de Rayo Tax, señor Iván Restrepo, ofreció recibir este carro y él a su vez cedía uno de los 5’ que la empresa debía entregarle ‘y que estaban programados por la fábrica para entrega a principios de enero de 1979. El señor Chica aceptó y se le dio una carta’, o sea la misma acompañada con la demanda, manifestándose que el vehículo nuevo se le entregaría ‘entre el 9 y el 15 de enero, según informes del señor Fernando Rueda de la Compañía Colombiana Automotriz; y que cuando en la primera de estas dos fechas se estableció contacto con el citado Rueda, éste manifestó ‘que las entregas serían a partir de 60 días, pues el Gobierno no había autorizado ensamble de taxis para el primer semestre de 1979’”.

Agregó esta sociedad que “la rotura del chasis seguramente se debió al golpe sufrido por el automotor que le causó daños en la tijera izquierda del tren delantero, al soporte del tensor y desgarre del guardapolvo delantero, por lo que no es defecto de fabricación”; que, además, esta sociedad demandada es “simplemente concesionaria de la Compañía Colombiana Automotriz S. A., que es la que ensambla dichos vehículos y por tanto la obligada a responder por los defectos de fabricación”; y que ella se limita a vender los vehículos que ensambla dicha compañía, por lo que, añadió, “no es la llamada a dar garantías ni a responder por defectos que provengan del ensamble de los automotores ...”.

Por su parte el demandado Piedrahíta Restrepo, en su oportuna contestación a la demanda,

reconoció que él, “obrando en nombre y representación de la empresa ‘Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada’”, como que es el suplente del Gerente, vendió el carro referido al aquí demandante; que la venta la hizo entonces no en su nombre propio sino en el de dicha sociedad; que en tal carácter hizo la entrega del vehículo al comprador “a plena satisfacción” de éste, “sin ningún vicio oculto de fabricación”. Y en cuanto a los hechos ocurridos con posterioridad al 25 de agosto de 1978, en su contestación a la demanda este demandado coincide con lo afirmado por la sociedad vendedora.

En su contestación a la demanda la entidad “Crédito Automotriz Limitada (Crediauto)”, manifestó que ella en nada intervino en la compraventa del carro Polski, pues solamente se limitó a “prestar el dinero en mutuo para que el actor adquiriera bienes de consumo” y a exigir, como contraprestación, “el gravamen de prenda sin tenencia, sobre el vehículo adquirido por el demandante”.

4. En esa misma oportunidad esta demandada propuso, como previa, la excepción de prescripción de la acción ejercitada, al considerar que ésta lo había sido después del término establecido por el artículo 938 del Código de Comercio, o sea, algo más de seis meses después que la cosa vendida se entregó por la vendedora al comprador.

Tramitado que fue el incidente respectivo, por auto del 21 de enero de 1980 el Tribunal Superior de Medellín, al reformar el del juzgado de primera instancia, declaró probada dicha excepción, pero solamente frente a la sociedad “Crediauto” y ordenó por tanto continuar el proceso frente a los otros dos demandados.

5. Así trabada la relación jurídico-procesal, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se adelantó la primera instancia, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 2 de febrero de 1981, mediante la cual, después de negar la pretensión tendiente a que se rescindiera el contrato de compraventa del automotor y de absolver al demandado Javier Piedrahíta Restrepo, condenó a la sociedad “Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada” a entregar al demandante, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esa sentencia, “un vehículo automotor nuevo, marca Polski 125, modelo 1978, destinado al servicio público con los correspondientes cupos del Intra”; la condenó, además, a pagar al demandante, en abstracto, “el lucro dejado de percibir

por éste como consecuencia del incumplimiento contractual”; le impuso, igualmente, las costas procesales; y, por último, condenó al demandante al pago de las costas causadas por haber demandado a Javier Piedrahíta Restrepo.

6. Por virtud de la apelación interpuesta por el demandante y la sociedad condenada contra la sentencia del Juzgado Octavo Civil del Circuito, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, después de haber rituado la instancia, profirió su fallo de 8 de julio de 1981, mediante el cual decidió el litigio así:

a) Confirmó la resolución negativa de la pretensión principalmente deducida en la demanda y la de absolución del demandado Piedrahíta Restrepo;

b) Revocó todas las condenaciones impuestas a la sociedad “Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada”, y

c) Impuso, por último, las costas causadas en las dos instancias del proceso al demandante.

II

La motivación del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, el Tribunal de Medellín emprende las consideraciones para proferir su sentencia de mérito.

Al efecto, delantadamente observa que, según la demanda, el demandante deduce principalmente la acción redhibitoria que consagra el artículo 934 del Código de Comercio, tendiente específicamente a que se resuelva el contrato de compraventa por los vicios o defectos ocultos que tenía el vehículo compravendido. En seguida pasa a determinar los requisitos que según la ley y la doctrina son necesarios para que se den los llamados vicios redhibitorios: haber existido al tiempo de la venta; ser tales, que por razón de ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente; no haberlos manifestado el vendedor y que el comprador haya ignorado sin negligencia de su parte.

2. Apoyado en el dictamen pericial rendido por los expertos Jaime Elejalde Toro y Julián Arenas Mejía, cuyos pasos más trascendentes transcribe, y en los testimonios de Rafael Antonio Ruiz, Pedro Ignacio Mira, Guillermo Salgado Orozco, Alfonso Mendoza, Ernesto Rivera y Oscar Sepúlveda, declaraciones de las cuales des-

taca sus apartes más relevantes, el Tribunal de Medellín llega a la conclusión, y así lo asevera en su sentencia, que el vehículo comprado por el demandante a la sociedad demandada no presentaba vicios ocultos capaces de permitir la resolución del contrato, puesto que, dice, no tenía desperfectos de construcción, y el rompimiento de alguna de sus piezas fue causado por golpes posteriores.

“Como se deduce de las evidencias analizadas, dice la sentencia, no existe prueba de que el vehículo hubiese tenido vicios o defectos ocultos derivados de causa anterior al contrato de compraventa celebrado entre ‘Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada’ y Gilberto Chica Arias. En consecuencia, la acción consagrada en el artículo 934 del Código de Comercio no puede prosperar”.

3. Desestimada pues por él la petición principal de la demanda, el sentenciador *ad quem* entra al análisis de la subsidiaria, tendiente a que la empresa demandada entregue al demandante un vehículo nuevo, tal cual se obligó en el compromiso celebrado el 20 de diciembre de 1978 y plasmado en carta de esa fecha.

Al punto, luego de compendiar el texto de los artículos 1687, 1693 y 1694 del Código Civil y de transcribir el contenido de la referida carta de 20 de diciembre de 1978, dirigida por Javier Piedrahíta como representante de la compañía vendedora a Gilberto Chica, para hacer constar el “arreglo relacionado con el automóvil Polski Taxi . . .”, dice el Tribunal que allí no hay novación: primero, “porque no existe la manifestación expresa de Chica Arias, quien no la suscribió en señal de aceptación, como tampoco aparece clara su intención de novar...”, y en segundo lugar, porque la obligación de entrega de un vehículo nuevo, “trasladada a Iván Restrepo, Gerente de Rayo Tax, implica un cambio de deudor”, y en ese caso no aparece, como lo exige el artículo 1694 citado, la expresión de voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor . . .”.

Añade que en este caso Gilberto Chica no sólo omitió la declaración de voluntad requerida, “sino que rechazó rotundamente la sustitución del deudor . . .” como aparece del interrogatorio que absolvió en el proceso, al aseverar que no tuvo ningún negocio con Iván Restrepo.

Para terminar su argumentación consistente en que no hubo, en este caso, novación alguna, ni menos sustitución de deudor, agrega el *ad*

quem que Iván Restrepo “no suscribió la carta de 20 de diciembre de 1978, ni en el proceso aparece prueba alguna que acredite su conformidad respecto de la obligación de entregar a Chica un vehículo nuevo”.

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra el fallo de segundo grado un solo cargo.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 822, 824, 833, 864, 871 del Código de Comercio; 1494, 1502, 1602, 1618, 1624, 1690, ordinal 1º y 1693, inciso 2º del Código Civil; y por aplicación indebida de los artículos 1690, ordinal 3º, 1691, 1693, inciso 1º y 1694 de esta última codificación, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas.

2. En desarrollo del cargo el casacionista, refiriéndose a la carta de 20 de enero de 1978, que estima malinterpretada por el Tribunal, dice que éste en su sentencia no hizo el más “mínimo esfuerzo” para analizar dicho documento “en forma integrada y armónica” con las demás “pruebas de la convención”, celebrada entre el demandante y la sociedad Rafael Piedrahíta, Sucesores Limitada; que “dejó de lado las manifestaciones” hechas por la Gerente de la sociedad demandada, en la contestación a la demanda, y las respuestas que Javier Piedrahíta dio a las preguntas que se le formularon en la diligencia de interrogatorio.

Estima el censor que esta deficiente apreciación probatoria llevó al sentenciador a concluir que no existió novación y que la obligación para entregar un vehículo nuevo se trasladó, sin aceptación de su parte, a Iván Restrepo, Gerente de Rayo Tax, sin advertir que el citado escrito del 20 de diciembre “es sólo una constancia firmada por el representante de la sociedad demandada, mas no el convenio mismo. Le correspondía al fallador, —agrega la censura— desentrañar cuál fue el verdadero acto jurídico que las partes celebraron”; y que para ello le bastaba leer “detenidamente las contestaciones de la demanda y las declaraciones rendidas por los demandados”.

3. Avanzando en el desenvolvimiento del cargo el recurrente, después que recuerda el desarrollo del contrato de compraventa del taxi Polski hasta cuando se hizo el arreglo plasmado en la carta referida, asevera que "la obligación de entregar un vehículo nuevo a Gilberto Chica fue contraída, obviamente, por Javier Piedrahíta, como representante de la sociedad vendedora de tales automóviles, y en ningún momento se trasladó dicha obligación a Iván Restrepo (Gerente de Rayo Tax), como desatinadamente lo entendió el Tribunal".

Considera la censura que esta es la conclusión a la que debe llegarse de la lectura de las contestaciones a la demanda, y singularmente del interrogatorio absuelto por Piedrahíta Restrepo, en donde expresó que la sociedad por él representada estuvo dispuesta a entregar al demandante un nuevo vehículo, "él fue quien rehusó a partir de una cierta fecha a no recibir ningún vehículo y entregarle el negocio a sus abogados"; que Iván Restrepo se ofreció a "cederme unos vehículos que le debíamos entregar en enero de 1979 y él, a su vez, recibiría el vehículo del señor Chica"; y que por ese motivo "le dimos una carta al señor Chica Arias prometiéndose entrega de uno de esos vehículos, de acuerdo a (sic) la promesa hecha por la Compañía Colombiana Automotriz de que nos entregarían varias unidades entre el 8 y el 15 de enero ...".

4. Y luego de concretar las violaciones de ley sustancial que denuncia, capítulo en el cual compendia el contenido de todas las normas que estima infringidas con la sentencia que combate, el recurrente solicita la quiebra de ésta "para que así se restablezca el legítimo derecho de mi patrocinado ya que, si se hubiesen tenido en cuenta las declaraciones de Gabriela Restrepo de Piedrahíta y Javier Piedrahíta Restrepo, representantes legales de la sociedad demandada, el Tribunal tenía que confirmar la sentencia dictada por el Juez Octavo Civil del Circuito...".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Es evidente que el Tribunal no apreció, pues en su sentencia no hace alusión alguna a ellas, ni expresa ni implícitamente, las siguientes pruebas:

a) La contestación que a la demanda inicial del proceso dio Gabriela Restrepo viuda de Pie-

drahíta, representante legal de la sociedad "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada".

En dicho escrito aquélla manifestó que ella, en su calidad de Gerente de "Colocar", no intervino en la compraventa del automotor que ha generado esta *litis*, pues que tal acto lo hizo Javier Piedrahíta Restrepo, pero no a su nombre sino en el de la sociedad demandada; que el vehículo le fue entregado a su comprador Chica Arias por el mismo Piedrahíta Restrepo, el 25 de agosto de 1978, "a plena satisfacción" y "previa revisión"; que cuando el comprador devolvió el carro a la compañía vendedora el 4 de diciembre siguiente, arguyendo que presentaba algunos daños, ésta, después que por conducto de sus mecánicos comprobó las averías, por su cuenta y riesgo ordenó repararlas en los talleres de la "B.M.W."; que una vez hecha la reparación de la máquina el demandante se negó a recibirla; y que muy a pesar de que la casa vendedora "no estaba obligada a reconocer desperfecto alguno del chasis, puesto que se encontraba perfectamente bien a su entrega", llegó sin embargo al siguiente "acuerdo de voluntades: 'El Gerente de Rayo Tax, señor Iván Restrepo, ofreció recibir este carro y él a su vez cedía uno de los 5' que la empresa debía entregarle 'y que estaban programados por la fábrica para entrega a principios de enero de 1979. El señor Chica aceptó y se le dio una carta', o sea la misma acompañada con la demanda, manifestándose que el vehículo nuevo se le entregaría entre el 9 y el 15 de enero según informes del señor Fernando Rueda de la Compañía Colombiana Automotriz".

Agregó que cuando el 8 de enero de 1979 se estableció contacto telefónico con el citado Rueda "para efectos de la entrega del automotor, dicho señor manifestó que 'las entregas serían a partir de 60 días, pues el Gobierno no había autorizado ensamble de taxis para el primer semestre del 79'".

b) El interrogatorio de parte absuelto por la misma señora Restrepo de Piedrahíta, Gerente de la sociedad demandada, quien en esa diligencia reconoció que la venta del automóvil referido la hizo la sociedad "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada", por conducto de Javier Piedrahíta, pues que "es él quien maneja directamente ese ramo" en forma independiente y "sin consultarle a nadie"; aceptó, además, que la carta de 20 de diciembre de 1978, dirigida en esa fecha por "Colocar" al demandante, "es de la compañía ..." de la que ella es Gerente;

c) La contestación que a la demanda dio el demandado Javier Piedrahíta Restrepo, quien en ese escrito reconoció que él, no a nombre propio sino en representación de "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada", le vendió a Chica Arias el vehículo taxi referido, que le entregó ese mismo día "a plena satisfacción del demandante, sin 'ningún vicio oculto de fabricación', constatándose, previa recisión, que el chasis se encontraba en perfectas condiciones"; que cuando el 4 de diciembre siguiente Chica Arias lo llevó a la casa vendedora, arguyendo que "dicho vehículo tenía partido el chasis", ésta, una vez comprobado el daño, lo mandó reparar por su cuenta pero que el comprador se negó a recibirlo; que entonces, "y aunque la compañía no estaba obligada a reconocer desperfectos del chasis . . . , se llegó en principio al siguiente acuerdo: 'El Gerente de Rayo Tax, señor Iván Restrepo, ofreció recibir este carro y él a su vez cedía uno de los 5' que la empresa debía entregarle 'y que estaban programados por la fábrica para entrega a principios de enero de 1979. El señor Chica aceptó y se le dio una carta', o sea la misma acompañada con la demanda, manifestándole que el vehículo nuevo se le entregaría entre el 9 y el 15 de enero, según informes del señor Fernando Rueda de la Compañía Colombiana Automotriz".

También agregó este demandado que cuando el 8 de enero se estableció contacto con el citado Rueda, éste les manifestó que las entregas sólo se harían 60 días después, porque el Gobierno no había autorizado el ensamblaje de taxis para el primer semestre de ese año de 1979;

d) El interrogatorio de parte que a instancia del demandante absolvió este mismo demandado Piedrahíta Restrepo el 26 de mayo de 1980, diligencia en la cual el absolvente, luego de referirse pormenorizadamente a la venta que, a nombre de "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores", le hizo a Chica Arias del taxi Polski; lo mismo que a los incidentes que posteriormente se presentaron con motivo del daño que presentó el vehículo, reconoció que en diciembre de ese año Iván Restrepo, Gerente de Rayo Tax, "... se me ofreció muy gentilmente a cederme unos vehículos que le debíamos de entregar en enero de 1979 y él, a su vez, recibiría el vehículo del señor Chica. Por ese motivo, —agregó en esa respuesta el interrogado— en diciembre 20 de 1978, le dimos una carta al señor Chica prometiéndole entrega de uno de esos vehículos, de acuerdo a (sic) la promesa hecha por la Compañía Colombiana Automotriz en el sentido de que nos entregarían

varias unidades entre el 8 y el 15 de enero de 1979 ...".

En otra de sus respuestas dijo el interrogado al contestar la pregunta relacionada con la no entrega del vehículo a Chica: "Porque él dijo, después de una cierta fecha que no me acuerdo exactamente cuál fue, pero creo que fue un mes posterior a la fecha del compromiso, en la cual la fábrica ya estaba en condiciones de entregarle, que ya no le servía"; que "la sociedad estuvo siempre dispuesta a entregarle un nuevo vehículo al señor Chica, según nuestra carta de diciembre 20. El fue quien rehusó a partir de una cierta fecha a no (sic) recibir ningún vehículo y entregarle el negocio a sus abogados". Dijo, finalmente, que "el arreglo que se hizo en diciembre 20 de 1978, fue una cosa entre concesionaria y el señor Chica, ya que el señor Iván Restrepo muy amablemente se prestó para arreglar este impasse".

2ª La tan aludida carta de 20 de diciembre de 1978, que en nombre de la sociedad "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada", envió Javier Piedrahíta Restrepo a Gilberto Chica, es del siguiente tenor:

"Por la presente dejamos constancia del siguiente arreglo, relacionado con el automóvil Polski taxi de propiedad del señor Chica, así: De acuerdo a (sic) lo convenido el señor Iván Restrepo, Gerente de Rayo Tax, éstos le deben al señor Gilberto Chica un Polski Taxi con su correspondiente cupo del Intra y todos sus accesorios, de las unidades que entregaremos a Rayo Tax en el mes de enero de 1979, a su vez el señor Gilberto Chica cede a Rayo Tax, el automóvil Polski Taxi actualmente de su propiedad distinguido con el motor número 700556, chasis número 002524, en las mismas condiciones que entrega Rayo Tax. Según lo prometido por la Compañía Colombiana Automotriz, la unidad para entregar por Rayo Tax será despachada en los días del 8 al 15 de enero de 1979".

3ª *En verdad que, como con acierto lo sostiene la doctrina universal, la prueba procesal no está formada, generalmente, por un solo elemento, sino que, por lo común, cada litigante suele utilizar diferentes medios probativos, de naturaleza heterogénea. Y también es cierto que no es corriente que los elementos de prueba usados por un litigante ofrezcan un resultado uniforme; a lo que cabría agregar que lo mismo sucede con el resultado que presente la prueba de la contraparte, ordinariamente antitético con el de aquélla.*

De esta observación elemental han partido legisladores y jurisperitos para atribuir y reconocer a los jueces de instancia, la facultad para hacer la apreciación conjunta de los diversos y heterogéneos elementos probatorios obrantes en los autos. De no ser esto así, a los falladores se les imposibilitaría para formar la premisa menor del silogismo judicial que constituye la sentencia, o sea la determinación de la situación fáctica concreta que debe subsumirse en la hipótesis contemplada por la norma legal.

Tiene dicho la doctrina del derecho procesal que la apreciación conjunta de la prueba, consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, y a través de la cual llega a un convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo estimativo o desestimativo: que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones, o el demandado sus defensas; o que no lo son.

4ª En Colombia, según el principio de la apreciación racional de la prueba, implantado en este país por claro mandato del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, es deber del juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.

Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los falladores de instancia frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas todas como un compuesto integrado por elementos disímiles.

Y ello está bien sí, como lo agrega el artículo 187 citado, en el examen conjunto del juez éste expone "razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba", pues si así no actúa su análisis resulta no solamente ilegal sino peligroso, porque arbitrariamente saca una deducción, o por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión.

5ª En verdad que, relacionadas entre sí las pruebas referidas y estudiadas ellas en conjunto,

como que todas conducen a demostrar un solo hecho, con nitidez inculcable fácilmente puede determinarse cuál fue el contrato que se concertó el 20 de diciembre de 1978 entre "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada" y Gilberto Chica Arias, como epílogo de las discrepancias entre ellos surgidas por razón de los daños en el vehículo que pretéritamente ésta había comprado a aquélla; que la sociedad vendedora entregaría al comprador, en una de las fechas allí acordadas, un vehículo nuevo de las calidades estipuladas, contando para ello con la aqueescencia que le había dado otro de sus clientes de emplear para el efecto una de las unidades de la misma naturaleza que debía entregar a éste.

Si, como lo expresó y reconoció categóricamente Javier Piedrahíta Restrepo en el interrogatorio por él absuelto, "el arreglo que se hizo en diciembre 20 de 1978, fue una cosa entre concesionaria (o sea la sociedad Piedrahíta & Compañía Sucesores) y el señor Chica, ya que el señor Iván Restrepo muy amablemente se prestó para arreglar este impasse", no puede decirse inequívocamente, como lo asevera la sentencia combatida, que se trató de un cambio de deudor y que como éste no aceptó no se configura el fenómeno jurídico de la novación. No se trató, evidentemente, de una novación subjetiva, desde luego que los sujetos activo y pasivo de la relación material permanecieron idénticos, pero sí de una novación objetiva, pues aquéllos se limitaron a variar el objeto de la obligación debida, que es el fenómeno regulado por el ordinal 1º del artículo 1690 del Código Civil. En efecto, se cambió el objeto de la obligación inicialmente pactada por el de la contenida en la carta de 20 de diciembre de 1978.

Y esa modificación así acordada fue consentida por el acreedor Chica Arias, pues correspondía a su propósito inicial consistente en que se le entregara un carro nuevo, que no tuviera defectos de fabricación; pretensión que buscó obtener por la vía extrajudicial, y que como no logró instauró este proceso procurando que a través de él sus demandados le cumplan lo prometido.

6ª De lo expuesto tiene que seguirse que el Tribunal sentenciador, al haber preterido en su fallo la confesión de los demandados contenida en sus escritos de contestación a la demanda y en los interrogatorios por ellos absueltos, malinterpretó el contrato de la carta de 20 de diciembre de 1978, con lo cual incurrió en evidente error de hecho.

Y como el apuntado yerro es trascendente, pues fue la determinante de que en el fallo recurrido se le desconociera al recurrente su derecho a obtener el cumplimiento del pacto acordado, tal cual lo mandan los artículos 864 y 871 del Código de Comercio, en concomitancia con lo dispuesto por los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, normas legales que por tanto no se aplicaron debiendo haberse hecho actuar en la sentencia, la acusación resulta próspera y por consiguiente la resolución combatida tiene que casarse.

7ª Pero como la prosperidad del cargo que aquí se ha analizado sólo es eficaz para infirmar la correspondiente resolución de la sentencia del Tribunal, o sea la que denegó la pretensión subsidiaria deducida por el demandante en su demanda, que es la parte de dicho fallo que se ataca con esta censura, se impone la casación parcial manteniendo las decisiones de dicho fallo que no fueron materia de impugnación en casación.

V

Sentencia de reemplazo

1. En el caso que aquí se estudia los presupuestos del proceso se encuentran presentes. No halla entonces la Corte, por este aspecto, impedimento que la inhiba para decidir con sentencia de mérito la controversia.

Y como, de otra parte, la Sala no advierte causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, así en la primera como en la segunda instancias, es pertinente proferir la correspondiente sentencia de fondo.

2. Como quedó visto al analizar el cargo que encontró prosperidad, la prueba aportada al proceso, analizada en conjunto, demuestra que la sociedad "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada" sí adquirió la obligación, que está en mora de cumplir, de entregar al demandante un automotor nuevo, marca Polski, modelo 1978, destinado al servicio público con el correspondiente "cupo del Intra y todos sus accesorios".

Como así lo reconoció el juzgado *a quo* en el ordinal 2º de la parte resolutive de su sentencia y por consiguiente impuso a la demandada la condena correspondiente, esa decisión tiene que mantenerse por estar ajustada a derecho.

Como tiene que confirmarse también la condena en abstracto que por razón de perjuicios causados con el incumplimiento trae la sentencia

de primera instancia en el ordinal 3º de su parte resolutive, pues corresponde al deber legal que tiene la demandada de indemnizar al demandante por los daños que con dicho incumplimiento le causó. Condenación *in genere* que no puede modificarse en esta instancia, pues si bien el demandante la impugnó en la apelación, con el propósito de obtener una sentencia que de una vez concretara el monto de dichos perjuicios, es lo cierto que en su demanda de casación, al precisar el alcance de la impugnación extraordinaria, desiste de esa inconformidad inicial al expresar y pedir que se confirme la sentencia del *a quo* "motivada y sustentada como se encuentra esta demanda de casación".

3. La condena en costas procesales de la primera instancia, que a cargo de la sociedad demandada y a favor del demandante trae el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, tiene que sostenerse, pues encuentra fundamento jurídico en lo imperado por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

VI

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de ocho (8) de julio de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. CONFÍRMASE en todas sus partes la sentencia de dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín.

Segundo. Se condena a la sociedad "Rafael Piedrahíta & Compañía Sucesores Limitada" al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso, y

Tercero. SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

La afirmación que una de las partes hace de tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada por ella como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule, constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 16 de junio de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante en reconvención contra la sentencia de 3 de agosto de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Miguel Angel Cobos y otros contra la sociedad "Compañía Agropecuaria de la Victoria S. A."

I

El litigio

1. Mediante libelo que fue repartido al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá el 13 de diciembre de 1977, adicionado por el de 4 de febrero siguiente, Miguel Angel Cobos, Ana Inés Bautista de Moreno y Teresa Muñoz, fundándose jurídicamente en lo establecido por el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, pero sin citar demandado concreto alguno, pues, dijeron no conocer persona interesada, solicitaron que con citación del respectivo agente del Ministerio Público se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) Que pertenece a ellos, por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, el dominio de un lote de terreno ubicado en el barrio "La Fragüita" de Bogotá y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Occidente, partiendo del eje del canal del río Fucha (canalizado) y sobre la Avenida carrera 27, y a 13 metros de la calle 10ª Sur, tenemos

como punto de origen; de este punto hacia el norte en longitud de 49.35 metros sobre la carrera 27. Por el Norte, del punto anterior, y con dirección hacia el oriente (80º aproximadamente) en línea recta con pequeñas variaciones se encuentra una longitud de 531 metros aproximadamente (descontando los anchos de las vías públicas), siguiendo la línea de la calle 8ª Sur y saliendo por la calle 9A Sur, hasta encontrar la carrera 22 con el inmueble de placa 9A-05 Sur de propiedad de Jesús Robles R. A partir de la esquina donde está ubicado el predio de placa 9A-05 Sur (calle 9A con carrera 22) y con dirección hacia el sur (Aprox. 90º) en una longitud de 130 metros y sobre la carrera 22 hasta interceptar el eje del canal del río Fucha. Al sur, desde el punto de intersección con el canal de la carrera 22 hasta el punto de la carrera 27, siguiendo el curso natural que tenía el río Fucha, hoy canalizado";

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la inscripción de la sentencia en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá.

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 sin reconocer dominio ajeno los demandantes han detentado materialmente, en común y proindiviso, por un periodo superior a veinte años y sin oposición de persona alguna, el inmueble atrás referido;

b) Que durante el tiempo indicado han ejecutado en el predio dicho los más variados y os-

tensibles actos posesorios, tales como el implantamiento de mejoras, construcción de habitaciones, pago de impuestos y de servicios, y

c) Que la posesión por ellos invocada como fundamento de su pretensión ha sido pública, pacífica, continua e ininterrumpida, todo ello por el tiempo que legalmente los ha llevado a adquirir el dominio del fundo por el modo de la prescripción extraordinaria.

3. Admitida que fue la demanda, por auto de 23 de febrero de 1978 el juzgado de la causa, previa observación que en ella se afirmó de desconocer personas con derechos reales sobre el inmueble, dispuso emplazar a las que “se crean con derechos sobre el citado bien, en la forma indicada por el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil”.

Dentro del término de los emplazamientos ordenados, mediante escrito de 24 de abril de ese mismo año la “Compañía Agropecuaria de la Victoria S. A.” se opuso a que se hiciera la declaración de pertenencia, afirmando que los demandantes carecen de derecho para adquirir ese fundo por prescripción, puesto que, agregó, “conocen suficientemente quién es el titular del dominio del predio que persiguen, por cuanto se han surtido varias acciones policivas y judiciales en cuyos procesos han tenido acceso tanto a los títulos de propiedad como a los folios reales de matrícula inmobiliaria, acciones entre las mismas partes y por el mismo inmueble, como es el caso de otra pertenencia instaurada por los mismos demandantes, la cual está vigente en el Juzgado Veinte Civil de este Circuito, y también un proceso policivo de lanzamiento por ocupación de hecho que se tramitó hasta su culminación...”.

4. En esa misma oportunidad la precitada sociedad “Compañía Agropecuaria la Victoria S. A.”, fundándose jurídicamente en la facultad que le confiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, formuló demanda de reconvencción contra los citados Miguel Angel Cobos, Ana Inés Bautista de Moreno y Teresa Muñoz, a efecto de que, previos los trámites pertinentes, se hicieran los siguientes pronunciamientos y condenas:

a) Que la entidad contrademandante es la dueña absoluta del inmueble “objeto de la demanda de pertenencia, consistente en un terreno situado en esta ciudad de Bogotá, que hace parte de la urbanización ‘La Fraguüita’, y que se identifica por los mismos linderos de la demanda de pertenencia”;

b) Que, consecencialmente, se condene a los contrademandados a restituir a su demandante, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el citado predio, junto “con los elementos que forman parte del mismo, o que se reputan inmuebles por accesión ...”;

c) Que los mismos contrademandados, como poseedores de mala fe que son, están obligados a pagar a su demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el fundo durante todo el tiempo que lo han ocupado hasta que se produzca la restitución, y no solamente los percibidos sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, y

d) Que se condene a esos demandados, además, al pago de las costas procesales.

5. Como fundamento de sus pretensiones la contrademandante invocó los hechos que, en síntesis, quedan comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Que ella adquirió, por compra que hizo a la sociedad “Cienfuegos Development Company S. A.” y que se plasmó en la Escritura Pública número 2518 del 3 de agosto de 1959, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá y debidamente inscrita en el registro de aquí, un lote de terreno que formó parte de la antigua estancia “La Fraguüita”, distinguido con los números 22-09 a 28-03 de la Avenida Primera de esta ciudad de Bogotá, con extensión de 19 fanegadas y 7.109.96 varas cuadradas, hacienda comprendida dentro de las siguientes alindaciones generales:

“Partiendo de un punto A situado en el extremo sur del terreno y sobre el paramento ‘W’ de la carrera 22 o Avenida del Progreso la línea demarcatoria toma una dirección N-W, y con una longitud de 19.00 metros encuentra el punto B, de allí, con dirección S-W y longitud de 31.00 metros encuentra el punto C; luego con una distancia de 255.20 metros y con una inclinación N-W llega al punto D. De este con dirección N-W y distancia de 22.00 metros encuentra el punto E; de aquí la línea sigue con dirección N-W y una distancia de 120.00 metros encuentra el punto F, situado sobre la orilla oriental del río Fucha. A partir de aquí, el lindero sigue la línea sinuosa del río Fucha hasta llegar al punto G, situado en la intersección del citado río Fucha en el paramento sur de la Avenida 1ª (Primera); luego en dirección N-E una distancia de 60.00 metros y siguiendo la línea del paramento de la Avenida, encuentra el punto H, el

lindero toma ahora una dirección S-E con distancia de 56.00 metros hasta el punto I, de este con una inclinación N-E y distancia de 70.00 metros llega al punto J, de donde parte en dirección N. y con distancia de 20.00 metros hasta el punto K, situado nuevamente sobre el paramento sur de la Avenida 1ª (Primera); siguiendo por esta línea del paramento con dirección E, y con longitud de 280.50 metros alcanza al punto L de donde sigue con inclinación S-E y distancia de 116.00 metros hasta el punto M, formando con la intersección del paramento sur de la Avenida 1ª (Primera) del paramento occidental de la carrera 24A. A partir de este punto el lindero sigue una línea de dirección S-W bordeando los lotes números 2, 3, 4 y 5 de la manzana N y los lotes 2, 3 y 10 de la manzana M ya vendidos, hasta encontrar el punto N situado sobre el paramento occidental de la carrera 24A, siguiendo por esta línea del paramento y con una distancia de 91.00 metros encuentra el punto N o formado por la intersección de este paramento con el paramento sur de la calle 7ª Sur; de aquí siguiendo este paramento en dirección S-E y en distancia de 64.30 metros encuentra el punto O, luego en una distancia de 57.00 metros y con dirección S-W llega al punto P; de allí sigue en línea con dirección S-E y distancia de 56.00 metros hasta el punto Q, luego en 8.00 metros con dirección N-E al punto R con distancia de 50.00 metros y una inclinación S-E hasta el punto D; de este en dirección N-E y distancia de 25.00 metros hasta el punto T y luego con una distancia de 44.00 metros y una inclinación S-E se encuentra el punto V, situado sobre el paramento occidental de la carrera 22, Avenida del Progreso; siguiendo por este paramento con dirección S-W y una distancia de 68.20 metros se llega al punto W, de allí con dirección N-W y una distancia de 55.00 metros hasta el punto X, luego sigue hacia el punto S-W con una distancia de 40.00 metros al punto Y; de allí con dirección N-E con distancia de 55.00 metros al punto Z. Nuevamente sobre el paramento occidental de la carrera 22 o Avenida del Progreso y de allí siguiendo el mismo paramento con dirección S-E y una distancia de 55.00 metros y cerrando el polígono vuelve a encontrar el punto A punto de partida, todo según el plano que se protocolizó con la Escritura Pública número 4601 de 29 de diciembre de 1958, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá”;

b) Que, por su parte, su tradente había adquirido el dominio que le transfirió por compra que había hecho a Elvira Valenzuela de Germán

Ribón, según Escritura número 4601 de 29 de diciembre de 1958, pasada en la misma notaría;

c) Que, a su vez, la mentada Valenzuela de Germán Ribón había adquirido esa hacienda por adjudicación que en mayor extensión se le hizo en el proceso sucesorio de su madre Concepción Mantilla de Valenzuela, protocolizado con la Escritura número 1211 de 5 de noviembre de 1896, otorgada en la misma Notaría Primera de Bogotá;

d) Que la compañía contrademandante, desde cuando compró esa hacienda en agosto de 1959, la poseyó y disfrutó plenamente en forma pública y pacífica hasta el mes de enero de 1974, cuando fue despojada ilegalmente por los contrademandados “del sector del lote identificado en el punto segundo de la demanda contenida en este libelo ...”;

e) Que dichos demandados, desde cuando “arbitrariamente” ocuparon el fundo, “tendieron una cerca de alambre encerrando el terreno objeto de esta reivindicación, y de inmediato empezaron a impedir la continuación de las obras de la urbanización adelantadas en ese momento por la firma urbanizadora Ospinas & Compañía S. A.”, y

f) Que entonces “Agropecuaria de la Victoria S. A.”, única dueña del referido inmueble, como consecuencia de aquella ocupación de hecho instauró “la acción policiva de lanzamiento por ocupación en contra de los ocupantes, proceso que cursó en la Inspección Quince Distrital de Policía y terminó con sentencia que deja a las partes en libertad para resolver su diferendo ante la justicia ordinaria”.

6. Enterados que fueron los contrademandados de la demanda de mutua petición, oportunamente la contestaron negando los hechos que, afirmados en ella, encontraron desfavorables para sus intereses y se opusieron a las pretensiones de su demandante.

Expresaron que ellos, desde hace más de veinte años, vienen poseyendo materialmente el fundo que ocupan y que por ello tienen demandada la declaración de pertenencia a su favor; que la Inspección Quince de Policía de Bogotá, en la providencia con la cual puso fin a un proceso de tenencia que les había instaurado su demandante, los consideró no “como ocupantes de hecho, ni invasores, sino poseedores materiales y por consiguiente ocupantes de derecho”; que, en fin, ellos vienen ejerciendo una posesión tranquila y pacífica desde hace más de 20 años.

Y con base en tales asertos los demandados propusieron como de mérito en ese mismo escrito de contestación a la demanda, la excepción de prescripción extintiva del derecho de dominio de la demandante.

7. Trabada así la relación jurídico-procesal, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 31 de enero de 1981, mediante la cual decidió el litigio así:

a) Luego de declarar fundadas las tachas formuladas a unos testigos, denegó las peticiones de la demanda de pertenencia;

b) Al acoger la pretensión reivindicatoria deducida en la demanda de mutua petición, condenó a los contrademandados a restituir a la reconveniente "el inmueble descrito" en dicha contrademanda, junto con los frutos producidos por el bien "desde el comienzo de la ocupación";

c) Dispuso que la "Compañía Agropecuaria de la Victoria S. A. no está obligada a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 975 del Código Civil ...";

d) Ordenó el registro de esa sentencia, y

e) Finalmente condenó a los contrademandados en las costas procesales.

En el párrafo de su fallo, el *a quo* aclaró que en tales ordenamientos "queda resuelta la petitoria formulada en la súplica segunda de la demanda de reconvenición, toda vez que los títulos de la sociedad Agropecuaria de la Victoria S. A., ostentan el derecho de propiedad del inmueble, por lo que éste le pertenece en dominio pleno y absoluto".

8. Por virtud de la apelación interpuesta por los solicitantes de la pertenencia contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de haber rituado la instancia, profirió la sentencia de 3 de agosto de 1981, mediante la cual, con el salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, confirmó la negativa de la declaración de pertenencia solicitada por los apelantes; infirmó las resoluciones referentes al acogimiento de la demanda de mutua petición, o sea la pretensión reivindicatoria; y dispuso, por último, que no hay lugar a costas en ninguna de las instancias.

II

La motivación del fallo de segundo grado

1. Con transcripción de las piezas procesales pertinentes, en el proemio de su sentencia el Tribunal de Bogotá hace una extensa relación de los antecedentes de la cuestión litigada, y resume todo el desarrollo del proceso.

E inicia el *ad quem* la exposición de su fallo advirtiendo que procede dictar sentencia de mérito, que haga tránsito a cosa juzgada material, porque los presupuestos del proceso concurren en el caso *sub examine*.

2. Concretando su estudio a la demanda principal, observa el Tribunal que en ella se deduce la acción de pertenencia o petitoria de dominio, alegando al efecto los demandantes la posesión que ellos afirman tener por más de 20 años sobre el predio pretendido en usucapión.

Advierte el sentenciador de segundo grado que para demostrar el derecho por ellos alegado solicitaron las declaraciones juradas de Margarita Vargas de Estupiñán, Ana Cecilia Vera de Charpentier, Miguel Angel Laverde Rodríguez y Luis Felipe Amaya Muñoz, cuyos testimonios transcribe en sus apartes más trascendentes.

En la tarea ponderativa de estas probanzas, a manera de inferencia general, llega el *ad quem* a la conclusión que todos ellos son sospechosos y que por ello no puede atribuirles mérito probativo, pues que "se encuentran en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad, en la forma y términos previstos por el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia no producen ningún efecto de orden probatorio, pues en estas circunstancias la parcialidad del testigo que es calificada por el juzgador lleva en esta oportunidad a la Sala de Decisión al convencimiento íntimo de la sospecha y en consecuencia, los testimonios no producen efecto legal alguno para demostrar la posesión".

En el análisis crítico que particularmente hace de cada uno de estos cuatro testimonios, el Tribunal asevera, luego de notar que todos fueron oportunamente tachados por la contraparte, que la declarante Vargas de Estupiñán tiene interés en el pleito, puesto que ella y los demandantes "están confabulados entre sí para adueñarse del terreno que es objeto del proceso, ya que se sirven mutuamente de testigos en los procesos de pertenencia que se adelantan en los juzgados"; que los dos siguientes, o sea Ana Cecilia Vera y Miguel Angel Laverde son igualmente sospecho-

sos, porque, explica el sentenciador, así la una como el otro "tienen interés jurídico en la declaración de pertenencia del lote descrito en la demanda, toda vez que estas dos personas tienen directa e indirectamente con quien se dice poseedor, el señor Miguel Angel Cobos, negocios sobre el lote objeto de la declaración de pertenencia"; y que el último de los cuatro declarantes citados, es decir Amaya Muñoz, es aún mucho menos aceptable por ser hijo de la demandante Teresa Muñoz.

3. Descartada pues por él la pretensión deducida en la demanda principal, acomete en seguida el Tribunal de Bogotá el análisis de la demanda de mutua petición, en la cual encuentra ejercitada la acción reivindicatoria, cuyo fundamento jurídico ubica en el texto del artículo 946 del Código Civil, para determinar en seguida, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, sus elementos esenciales.

Y como dicho sentenciador estima que los contrademandados no son poseedores del inmueble, cuya restitución persigue la contrademandante, concreta en seguida su análisis probatorio a los elementos que con ese propósito se practicaron.

4. Al punto se refiere primeramente a la declaración de Zoila María Jiménez de Escobar; y luego de transcribir sus apartes importantes asevera el fallador que esta testigo describe a los demandantes "como invasores", carácter que, añade, "en manera alguna en los términos de la ley pueden ser considerados como poseedores y la testigo ha sido suficientemente clara en afirmar que se trata de personas que llegaron e invadieron el predio objeto de la presente litis".

Relativamente al testimonio de José Eustasio Molano Coronado, del cual relieves sus dichos fundamentales, dice el Tribunal que también este declarante, como la anterior, "se refiere a que uno de los demandantes invadió el inmueble materia de la reivindicación, lo cual nos pone de presente que sí fue un invasor, un usurpador del terreno litigioso" y que por tanto no se puede considerar a los demandados como poseedores, en los términos que las leyes positivas regulan el hecho jurídico de la posesión.

Iguales o semejantes críticas hace a los testimonios de Rosa Anaís Ardila de Guerra y Melquiceded Sánchez; y singularmente al de Zoila María Jiménez de Escobar lo califica de incoherente y contradictorio, puesto que, explana este aserto el *ad quem*, la declarante afirma en primer lugar que Miguel Angel Cobos "tenía una pose-

sión, sin indicar los hechos constitutivos de la misma, . . . y posteriormente dice que vivía arrimado, lo cual significa que no tenía ninguna posesión, que simplemente se arrimó a un rancho, y arrimarse a un rancho o vivir arrimado a una casalote, implica que esa casalote estuviera habitada por alguien al cual se arrimaba Miguel Angel".

5. Continuando en el análisis probatorio, añade la sentencia impugnada que "todo el conjunto de papeles existentes en el proceso, distintos a la prueba testimonial, no son otra cosa que conjeturas, decires, habladurías, de quienes han intervenido en el proceso como parte demandante o demandada, que haciendo exposiciones incoherentes a los hechos que se pretenden demostrar, tratan de recoger lo que los tratadistas de la prueba denominan 'el rumor público', para expresar en el caso de autos situaciones jurídicas que no pueden probarse ni acreditarse legalmente a través de esa figura jurídica que se acaba de enmarcar en comillas".

Como razón corroborativa de su anterior aserto, añade la sentencia que "si el simple dicho unido a la posesión jurídica de la parte en la demanda de prescripción adquisitiva del dominio fuera suficiente para probar su derecho, no quedaría otra alternativa en este proceso que declarar a los prescribientes como dueños del inmueble descrito en la demanda . . . Lo mismo podría predicarse del contrademandante en acción reivindicatoria, para declarar como probada su acción . . ."; y que "por no haberse probado la posesión de los prescribientes ni la que debían acreditar los contrademandantes, explica la posición de la Sala de negar las pretensiones contenidas en una y otra demanda".

6. Refiriéndose a las manifestaciones de los demandantes de la pertenencia hechas en su demanda y a las contenidas en la contestación a la de mutua petición, expresa el sentenciador de segundo grado que "quien alega posesión, elemento para adquirir el inmueble por prescripción, teniendo interés en ella, no puede decirse en el caso de que así se pensara, que ha confesado la existencia del hecho demandado, por adoptar una posición jurídica frente al derecho sustancial demandado, pues teniendo interés en ella, como ocurre en el caso de autos, la confesión no produce ningún efecto, hecho que en manera alguna podrá decirse, o podría decirse que sirve de fundamento a la acción reivindicatoria presentada por el contrademandante y obtener así, despacho favorable a las pretensiones de su demanda".

7. Con relación a las declaraciones juradas de José Alejandro Ruiz Linares, María Yolanda Amaya de Carreño, María Nínfa Escobar de Iglesias, Ramón Ernesto Rodríguez, Cleofe Robles Fajardo, Etelvina Casallas de Cuadros, Crisóstomo Enrique Cuadros, Isabel Castro y Jesús Antonio Márquez Franco, el sentenciador afirma que todas ellas "se encuentran cobijadas por las mismas apreciaciones de orden jurídico que se han dejado expuestas" frente a los demás testimonios, o sea, que califican a los demandantes como invasores y que se limitan "a especular con el rumor público de la pretendida posesión de Cobos", sin dar las razones de sus dichos.

8. Conclusión final de su estudio es, para el Tribunal de Bogotá, la de que todo el conjunto de pruebas por él consideradas, analizadas en conjunto y de acuerdo con los principios de la sana crítica, no acreditan "por parte alguna que los demandados en reivindicación sean poseedores del inmueble objeto de la pretensión, en los términos de las normas sustanciales y procesales que regulan los aspectos legales posesorios, requisito esencial para la prosperidad de la demanda reivindicatoria".

III

El recurso extraordinario

Como ya se dijo, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación únicamente la sociedad que es demandante en la reconvencción. En la demanda respectiva la recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, ambos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y que la Corte procede a estudiar y despachar conjuntamente, pues, salvo en lo referente al error de derecho que se denuncia en el segundo, ambos cargos vienen sustentados en idénticos fundamentos, a tal punto que, luego de un ligero cotejo entre los dos, el segundo emerge como el trasunto fiel aunque innecesario de lo que el primero pinta.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 669, 762, 764, 770, 946, 947, 950, 952, 957, 961, 962, 963, 964 y 969 del Código Civil, a causa del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal por la apreciación errónea de algunas pruebas y falta de estimación de otras.

Entre las pruebas que a juicio del censor el sentenciador habría malinterpretado, aquél cita

todos los testimonios apreciados en el fallo, la demanda de pertenencia, las declaraciones de parte rendidas por los contrademandados, la sentencia del Inspector de Policía de 27 de septiembre de 1976 y el incidente de nulidad tramitado dentro del proceso de pertenencia que entre las mismas partes se siguió en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá. Y como pruebas no apreciadas, el impugnador cita la contestación a la demanda de reconvencción, la inspección judicial practicada en el proceso el 13 de diciembre de 1979, y el dictamen de los peritos Edgar Romero y Ozael Rincón.

2. Concretando el yerro fáctico que denuncia, en el encabezamiento del cargo dice el casacionista que consistió en que la sentencia no da por demostrado, "estándolo, que los demandantes de la pertenencia, a su vez, demandados en reconvencción, son poseedores materiales del inmueble materia de las pretensiones".

Y al desarrollar el cargo por su primera faz, después de aludir a las consideraciones del Tribunal para desechar la prueba testimonial, dice el impugnador que la declarante Zoila María Jiménez de Escobar deja "claramente establecido en su declaración la calidad de poseedores materiales de los demandantes . . . , pues conforme a su testimonio éstos ocuparon los terrenos sin el consentimiento de persona alguna y con el ánimo de señores y dueños realizaron actos materiales de dominio, tales como vender lotes, cercar, construir ranchos y casas, hechos éstos que los tipifican como poseedores materiales"; y que al "no tener en cuenta estos actos denunciados por la declarante, el Tribunal incurrió en error de hecho"; lo mismo que al aseverar que los invasores "en manera alguna pueden ser considerados como poseedores".

Que incurrió en idéntico yerro al apreciar los demás testimonios, o sea los de José Eustasio Molano, Rosa Anaís Ardila de Guerra, Melquisedec Sanabria Sánchez, José Alejandro Ruiz, María Yolanda Amaya de Carreño, María Nínfa Escobar de Iglesias, Ramón Ernesto Rodríguez, Cleofe Robles, Etelvina Casallas de Cuadros, Isabel Castro, Jesús Antonio Márquez y Crisóstomo Enrique Cuadros, pues que todos estos declarantes deponen sobre la ejecución de actos posesorios de los contrademandados sobre el bien materia de la reivindicación, sin embargo de lo cual la sentencia niega a éstos su carácter de poseedores materiales de dicho inmueble.

3. Avanzando en el desenvolvimiento del cargo, añade la censura que el Tribunal también

incurrió "en evidente error de hecho al negarle a la confesión que hacen los demandantes de la posesión que detentan sobre el inmueble en la demanda de pertenencia", puesto que, explica, "si bien ésta no es prueba en favor de quien confiesa, no puede negársele su valor de tal en favor de la contraparte, como equivocadamente lo ha interpretado el *ad quem* en este caso".

Y que lo evidente es que aquí los citados demandados Miguel Angel Cobos, Ana Inés Bautista de Moreno y Teresa Muñoz, en los interrogatorios que a instancia de su demandante absolvieron dentro del proceso el 11 de diciembre de 1979, "ratificaron su calidad de poseedores materiales del inmueble con ánimo de dueños y confesaron haber construido ranchos, casas, cercas, hacer rellenos de tierra, vender lotes, etc., actos todos ellos que tipifican la posesión material".

Rematando la formulación del cargo por indebida apreciación de pruebas, añade el casacionista que también demuestran la posesión, el fallo proferido por el Inspector Quince de Policía de Bogotá en el proceso "de lanzamiento por ocupación de hecho seguido por la Compañía Agropecuaria contra los mismos prescribientes"; lo mismo que el incidente de nulidad propuesto por la compañía contrademandante "dentro del proceso de pertenencia instaurado anteriormente por los mismos prescribientes en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá".

4. Cree la censura, y así lo asevera el casacionista en su demanda, que el Tribunal dejó de apreciar en su sentencia, por lo cual también incurrió en ostensible error fáctico, las siguientes pruebas:

a) La contestación que a la demanda de mutua petición dieron los contrademandados, documento en el cual éstos, por conducto de su apoderado, "propusieron la excepción de prescripción veintenal y confiesan tener la posesión material del inmueble y la acreditada con el fallo del Inspector Quince Distrital de Policía";

b) La inspección judicial practicada en el proceso el 13 de diciembre de 1979, diligencia en la que el funcionario que la evacuó "constató suficientemente la posesión material en cabeza de los contrademandados, recibió testimonio de sus ocupantes, constató la existencia de las construcciones y demás actos posesorios desarrollados por aquéllos", y

c) El dictamen rendido por los peritos Edgar A. Romero y Ozael Rincón, "prueba que contiene todos los elementos que tipifican la posesión

materal y aclara la verdadera situación de sus ocupantes".

Segundo cargo.

1. En este se acusa la sentencia del Tribunal de ser igualmente violatoria por vía indirecta de las mismas normas indicadas en el cargo anterior, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el *ad quem* en la apreciación de las pruebas practicadas en el proceso.

2. Desenvolviendo el cargo, dice la impugnación que el Tribunal malinterpretó la prueba testimonial aludida en la censura anterior, lo mismo que las declaraciones de parte rendidas por los contrademandados, el fallo del Inspector Quince Distrital de Policía y el incidente de nulidad atrás referido; y que dejó de apreciar en su fallo la contestación a la demanda de reconvencción, la inspección judicial y el dictamen a que se hace alusión también en el cargo anterior.

Cree el impugnador, concretando el yerro fáctico que denuncia, que por la errónea apreciación y falta de estimación de las pruebas indicadas, el fallador de segundo grado no dio por demostrada en los autos, estándolo, la posesión material que los contrademandados ejercen sobre el bien materia de la reivindicación pretendida.

3. En la sustentación del cargo por el aspecto de errores de hecho, el casacionista repite, frente a cada uno de los medios de prueba que estima no apreciados o apreciados indebidamente, los mismos fundamentos que esgrime en el cargo primero.

O sea, que por indebida apreciación de los testimonios dejó de ver que éstos sí deponen en torno a la ejecución de actos posesorios por parte de los contrademandados sobre el bien que es objeto del litigio; que todos los declarantes aluden, en suma, a que aquéllos "ocuparon los terrenos sin consentimiento de persona alguna, que realizaron actos materiales de dominio consistentes en vender lotes, cercar, construir ranchos y casas, con el ánimo de dueños, hechos éstos que constituyen posesión material en los términos del artículo 762 del Código Civil".

Que los citados contrademandados, en los interrogatorios por ellos absueltos, "confirman su calidad de poseedores materiales del inmueble, con ánimo de dueños y contienen la confesión de haber construido ranchos, casas, cercas, hacer rellenos de tierra, vender lotes, actos que tipifi-

can la posesión material''; que el referido fallo policivo, lo mismo que el aludido incidente de nulidad, demuestran también "plenamente" la posesión material del terreno de la litis "en cabeza de los usucapientes"; y que los medios de prueba que el Tribunal ignoró, también conducen a la demostración del hecho que el sentenciador dio por no establecido en el proceso.

4. A diferencia de lo que hace en el cargo primero, en el que tal circunstancia la denuncia como constitutiva de error de hecho, en este segundo invoca como constitutiva de error de derecho el desconocimiento de mérito probatorio que el Tribunal hizo de la confesión contenida en la demanda de pertenencia, señalando como infracción medio la de los artículos 194 y 197 del Código de Procedimiento Civil.

Explica el casacionista que frente a la confesión contenida en dicha demanda el sentenciador le dio una "interpretación equivocada totalmente, porque es la ley misma la que le asigna tal valor"; que la circunstancia de tener interés en la demanda quien confiesa la posesión "no desvirtúa la confesión de los hechos que ella contiene y esa confesión es una prueba, sujeta a ser desvirtuada y también a no poder ser demostrada, caso en el cual no existiría como tal, pero mientras subsistan los hechos confesados, la prueba está presente".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Según la definición que de la acción reivindicatoria da el artículo 946 del Código Civil, ciertamente que ella debe dirigirse contra el poseedor, que es quien puede restituir la cosa al reivindicador. Por eso el artículo 952 *ibidem* estatuye que "la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor".

De acuerdo pues con el claro contenido de estas normas legales, por regla general sólo el actual poseedor de la cosa puede ser el sujeto pasivo de la demanda reivindicatoria: excepcionalmente dicha acción, como se infiere de la preceptiva de los artículos 955 y 957 *ejusdem*, podrá dirigirse contra el que fue poseedor y dejó de serlo.

Y si la posesión del demandado es uno de los elementos esenciales de la acción reivindicatoria, para la prosperidad de ésta es necesario, por tanto, que la persona contra la cual el dueño de un bien dirige su demanda restitutoria sea quien lo detenta con ánimo de señor o dueño.

2ª Para que pueda darse por establecida procesalmente la posesión deben quedar justificados los dos elementos esenciales de ella: el corpus, o sea su presupuesto material u objetivo; y el animus, que es su elemento intencional o subjetivo.

En la prueba de la posesión su elemento intencional (*animus rem sibi habendi*), justamente por ser subjetivo se presume; es decir, que demostrados los actos materiales constitutivos de la posesión, para que quien los ejecute no sea considerado poseedor es necesario acreditar que tales actos no han sido realizados con la intención de someter la cosa al ejercicio del respectivo derecho real, que es, en este caso, el derecho de propiedad plena o exclusiva sobre la cosa.

Para demostrar judicialmente que entre una persona determinada y cierto bien se ha establecido una relación de hecho, por virtud de la cual aquélla ha ejercido sobre éste actos materiales de uso, conservación y transformación, sometiéndolo al ejercicio del derecho real de propiedad, que es al que ordinariamente corresponden dichos actos, el derecho probatorio no exige prueba específica; y si bien los medios más adecuados para demostrar la posesión son el testimonio y la inspección judicial, no por eso puede decirse que éstos sean los únicos, o que, como lo pregona la sentencia aquí impugnada, la confesión del demandado sea medio probatorio inidóneo o ineficaz.

3ª Como desde vieja data lo viene diciendo la Corte en jurisprudencia que por su legalidad no es posible desconocer, cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que es materia del pleito. La citada confesión releva al demandante de toda prueba sobre esos extremos de la acción y exonera al juzgador de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión.

Con tanto mayor razón es aceptable el anterior aserto si, como ocurrió en el presente caso, con base en el reconocimiento de su posesión el demandado propone la excepción de prescripción, que, de otra parte, ya había deducido en la demanda principal como acción al suplicar la declaración de pertenencia del bien que afirma poseer.

La afirmación que una parte hace de tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio,

alegada por ella como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule, constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión, por reunirse en ella todos los requisitos que para la eficacia de este especial medio de prueba exigen los artículos 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil.

4ª Incurrió pues el Tribunal de Bogotá en error de derecho al estimar, y por ende negarle mérito probatorio, que la confesión que los demandantes hicieron en la demanda de pertenencia de ser los poseedores materiales del fundo, reiterada luego por ellos al contestar la demanda de mutua petición a través de la excepción de prescripción que propusieron, no es medio legalmente eficaz para dar por establecido en el proceso dicho elemento esencial de la acción reivindicatoria o de dominio.

Dicho juzgador ad quem incurrió además en yerro de facto, puesto que evidentemente, como lo apunta la impugnación, las pruebas que la censura señala como erróneamente apreciadas y las que según ella fueron preteridas, analizadas en conjunto tienden a demostrar que ciertamente los demandantes de la pertenencia y contrademandados en la acción reivindicatoria vienen detentando, con ánimo de señores y dueños, el bien materia del presente litigio.

Y como los apuntados yerros de apreciación probatoria son trascendentes, pues incidieron en la decisión hasta tal punto que fueron la causa determinante de que en el fallo recurrido se le desconociera a la sociedad contrademandante su derecho a reivindicar el inmueble a que se contrae la demanda y de la cual es dueña, cual lo mandan los artículos 946 y siguientes que la censura cita, normas legales que efectivamente no se aplicaron debiendo haberse hecho actuar en la sentencia, la acusación resulta fundada y por consiguiente la resolución combatida en casación tiene que quebrarse.

5ª Pero como la prosperidad de los cargos que aquí se han analizado sólo es eficaz para infirmar la correspondiente resolución del Tribunal, o sea la que revocó el acogimiento en primera instancia de la pretensión reivindicatoria deducida en la demanda de reconvencción y por consiguiente negó ésta, que es la única parte de dicho fallo que se ataca con la impugnación extraordinaria aquí propuesta, se impone la casación de la sentencia, manteniendo la negativa de la acción

de pertenencia incoada en la demanda principal, pues esta decisión del Tribunal ad quem, adversa para esos demandantes, fue sin embargo tácitamente consentida por éstos al no recurrirla en casación y por ello es hoy inmodificable por la Corte.

V

Sentencia de reemplazo

Como los presupuestos del proceso se hallan presentes y la Corte no advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación, la sentencia que como Tribunal de instancia debe dictar tiene que ser de mérito, es decir, que estudie y decida en el fondo la pretensión deducida en la demanda de mutua petición.

1ª La pretensión reivindicatoria.

1. Como ya está dicho, en el presente caso la contrademandante ejercita la acción reivindicatoria, cuyo objetivo principal es, justamente, alcanzar la recuperación del predio que dice pertenecer a ella y que se halla en poder de los demandados.

A términos del artículo 946 del Código Civil, la reivindicación, que también se le llama acción de dominio, "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla".

De la transcrita definición de la acción de dominio, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han señalado como condiciones de éxito de la pretensión restitutoria del reivindicante, las cuatro siguientes:

- a) Posesión material en el demandado;
- b) Derecho de dominio en el demandante;
- c) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, y
- d) Identidad entre la cosa que pretende el demandante y la que es poseída por el demandado.

2. Estos cuatro presupuestos, como lo advirtió con acierto el juzgador de la primera instancia, sí se dan cita en el presente caso. En efecto.

Como se dedujo al despachar el cargo que en casación alcanzó prosperidad, es indiscutible que los tres demandados en reconvencción, o sea Miguel Angel Cobos, Ana Inés Bautista de Moreno y Teresa Muñoz, son poseedores materiales del fundo que la contrademandante pretende en reivindicación, consistente en un terreno situado en

esta ciudad de Bogotá, que hace parte de la urbanización "La Fragueta" y que se identifica por los linderos descritos en la demanda.

Todos los medios probatorios que el Tribunal no apreció y los que malinterpretó, a que se hizo alusión en la primera parte de esta providencia, conducen a dar por plenamente establecido en el proceso este primer presupuesto de la acción reivindicatoria.

3. Mediante la copia de la Escritura Pública número 2518 de 3 de agosto de 1959, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá e inscrita en el registro de este Círculo el 7 de septiembre siguiente, se acredita que la entidad "Cienfuegos Development Company S. A." vendió a la "Compañía Agropecuaria de la Victoria S. A." el dominio de un lote de terreno que formó parte de la antigua hacienda "La Fragueta", con extensión de 19 fanegadas 7.109.96 varas cuadradas, ubicado en la jurisdicción de Bogotá.

Y con la copia de la Escritura Pública número 4601 de 29 de diciembre de 1958, otorgada también en la misma notaría y registrada legalmente, se demuestra que la citada entidad "Cienfuegos Development Company", tradente de la aquí demandante, había comprado ese mismo bien a Elvira Valenzuela de Germán Ribón.

Con los dos anteriores títulos escriturarios se incorporaron al proceso los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, expedidos el 24 de abril de 1978, los cuales dan fe del registro de esas escrituras; y además indican que la mentada Valenzuela de Germán Ribón había adquirido el inmueble por adjudicación que de él se le hizo en el proceso sucesorio de Concepción Mantilla de Valenzuela.

Por lo demás, es un hecho evidente, no cuestionado por las partes sino antes bien aceptado expresamente por ellas, que el lote de terreno que es materia de la reivindicación está ubicado en su totalidad dentro del contenido espacial del descrito y especificado en los títulos escriturarios sobredichos, o sea que aquél es parte integrante de éste.

Lo cual significa, entonces, que el elemento de la acción reivindicatoria referente al dominio del demandante también se encuentra cabalmente demostrado.

4. El tercero de los presupuestos que se han señalado como estructurales de la acción reivindicatoria también concurre en el presente caso, puesto que según la demanda, y según tam-

bién todos los documentos que se aportaron a los autos, lo mismo que de conformidad con la inspección judicial practicada el 12 de diciembre de 1979 y el dictamen de los peritos, amén del plano de loteo de la urbanización "La Fragueta" y de la confesión de los propios demandados, fuerza es decir que se trata de reivindicar una parte determinada de una cosa singular, debidamente descritas tanto ésta como aquélla por sus linderos y demás especificaciones:

Y todo ese acervo probatorio practicado conduce también a demostrar, con suficiencia, que hay plena identidad del fundo que pretende reivindicar el demandante con el que es poseído materialmente por los demandados.

5. Si, pues, en este proceso se encuentran demostrados todos los presupuestos que son esenciales de la acción reivindicatoria, la pretensión deducida en la demanda de reconvencción tiene que acogerse, tanto más si se advierte, como luego se verá, que la excepción de prescripción invocada resulta ineficaz.

Y como esta es, justa y precisamente, la solución que el juzgador *a quo* le da al caso litigado, al declarar el dominio a favor de la demandante y condenar a los demandados a restituir el bien a aquélla, tales ordenaciones tienen que mantenerse por ajustarse a derecho.

6. En la sentencia que aquí se revisa se condena a los demandados a restituir a la demandante el inmueble junto con los frutos civiles y naturales por éste producidos, a justa tasación de peritos, "desde el comienzo de la ocupación", condena esta que el juzgado *a quo* hace en abstracto. Se dispone, además, que la demandante no está obligada a indemnizar a los demandados de expensas necesarias.

Considerando que los demandados son poseedores de mala fe, pues fuera de que carecen de todo título que justifique su tenencia del predio, a más de que entraron a ocuparlo por medios violentos, la Corte no puede modificar esas disposiciones. No la primera, porque la determinada en la sentencia relativamente a frutos es la indicada exactamente por el artículo 964 del Código Civil; tampoco la segunda, porque como lo observó el juez no se probó que los demandados hubiesen invertido en el bien expensas necesarias.

Se deben pues confirmar esas resoluciones de la sentencia de primer grado.

2º *La excepción propuesta.*

1. Como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, al contestar la demanda de mutua petición los demandados propusieron la excepción de prescripción extintiva del derecho de dominio de la demandante.

Pero es lo cierto que este medio defensivo no está llamado a prosperar, pues si bien los demandados son poseedores materiales del predio, también lo es que no se probó que la posesión alegada por ellos tiene el tiempo exigido por la ley para que conduzca a la prescripción extraordinaria, única que, en ausencia de título, podían invocar.

2. No acreditaron los excepcionantes, como les correspondía según el principio de la carga de la prueba consagrado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que su posesión sobre la finca objeto del litigio tenga 20 años, o más, que es el límite temporal exigido para la prescripción extraordinaria: en este específico punto sólo existe la confesión que ellos hicieron en varias oportunidades dentro del proceso.

Es preciso recordar, al punto, que si de acuerdo con el artículo 200 de la codificación anticipada la confesión tiene que aceptarse, por regla general, con las aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, tal principio se excepciona cuando en el proceso “exista prueba que la desvirtúe”.

Y en el presente caso todos los testimonios recibidos son concordantes al hablar de una posesión inferior a 20 años, pues los que más la remontan en el tiempo ubican su inicio en 1971. Dice en efecto la declarante Anaís Ardila de Guerra que Miguel Ángel Cobos poseía, conjuntamente con su mujer, el predio de la litis desde 1971; este es el año que también toma el testigo Melquisedec Sanabria, para demarcar el inicio de la posesión de los contrademandados.

También María Amaya de Carreño afirma en su declaración jurada, que los demandados “invadieron” los terrenos de la compañía demandante en 1971; Jesús Antonio Márquez, quien rindió su declaración en 1980, afirma que cuando Cobos dejó de ser su inquilino, “hace nueve años”, se fue a vivir al lote que hoy ocupa; y el testigo Guillermo Rodríguez expresa que en el año de 1971 llegó Miguel Ángel Cobos, acompa-

ñado de su mujer, y que fue entonces cuando para ocupar el terreno sacó de allí a una señora, llamada María de Jesús, quien vivía en ese predio con sus dos hijos.

3. Todos los declarantes mencionados, y los demás, cuyos testimonios se recibieron a instancia de la contrademandante, desvirtúan con sus dichos razonados la cardinal afirmación de los contrademandados, o sea, la de que ellos han poseído el bien por un período de 20 años.

Si, pues, los excepcionantes no acreditaron tener sobre el predio una posesión de 20 años o más, como ellos lo afirmaron en confesión que se encuentra desvirtuada con la prueba testimonial y la documental practicada, no puede reconocerse la excepción de prescripción propuesta.

VI *Decisión*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha tres (3) de agosto pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia de treinta y uno (31) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. CONDÉNASE a los demandados al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso, y

Tercero. SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

DOMICILIO

Se precisa, rectifica en parte y complementa la doctrina consignada en sentencia de agosto 31 de 1936. Se define el concepto de domicilio, clasifica y señala sus fuentes.

En Colombia no existe el domicilio de origen. La persona que presta servicios domésticos y es mayor de edad, tiene como domicilio el municipio donde trabaja, pero no como domicilio legal o de dependencia, sino real o voluntario. El domicilio contractual sí produce efectos procesales. El hecho de señalar un municipio determinado como domicilio de la persona jurídica y luego montar administración o dirección en otro diferente, puede ser factor que llame a engaño a los terceros y con tal criterio ha de calificar el juez esta circunstancia. Complemento proferido por el doctor Jorge Salcedo Segura, en relación con el auto de fecha julio 26 de 1982.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

Bogotá, D. E., 26 de julio de 1982.

Con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, procede la Corte a resolver el conflicto de competencia suscitado entre jueces del circuito del Distrito Judicial de Ibagué y del de Bogotá, sobre cuál de ellos es competente para conocer del proceso ordinario que la sociedad Cárdenas y Compañía Limitada promovió contra la compañía Crediauto Limitada.

El proceso tiene por objeto obtener la condena a indemnizar unos daños causados por hechos ajenos a un contrato, los cuales ocurrieron en la ciudad de Ibagué.

En la demanda se dijo que la entidad demandada era vecina de Ibagué.

Aceptada la demanda por auto de 5 de junio de 1981 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué le fue corrida en traslado al Gerente de Crediautos Limitada en sus oficinas de Ibagué. Es de advertir desde ahora que la notificación se hizo en la dirección indicada en la demanda como sede social de la entidad demandada.

Simultáneamente con la contestación de la demanda y dentro del término legal, la parte de-

mandada formuló excepción previa que denominó "incompetencia por jurisdicción" y que hizo consistir en el hecho de que el único domicilio de la sociedad Crediauto Limitada es la ciudad de Bogotá, aunque se aceptó que en la época en que ocurrieron los hechos que motivaron la demanda el domicilio sí era la ciudad de Ibagué.

Practicadas las pruebas solicitadas, por auto del 4 de noviembre de 1981 el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué puso fin al incidente declarando probada la excepción de falta de competencia territorial y ordenando enviar el expediente al reparto de los juzgados civiles del circuito de Bogotá. Se fundó el Juzgado de Ibagué en que, de conformidad con la inspección judicial practicada dentro del incidente, se comprobó que en la carrera 5ª N° 38-07 existe un edificio cuyo nombre es Crediauto y que hay un aviso luminoso con ese nombre, pero que ahora funcionan allí oficinas de otras empresas.

Llegado el expediente al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá ese despacho dictó el auto de 1º de febrero del año en curso, en virtud del cual planteó el conflicto de competencia que ahora se resuelve, por considerar que el Juzgado de Ibagué no podía sustraerse válidamente del conocimiento del proceso, toda vez que de conformidad con el numeral 8 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil se configura una competencia en Ibagué por razón diferente del domicilio, por la naturaleza del asunto.

Es evidente, como lo expresó el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, que en el caso de autos existe un factor creador de competencia distinto del que eventualmente surge del domicilio, y es el consagrado en el numeral 8 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra dice: "En los procesos por responsabilidad extracontractual, será también competente el juez que corresponda al lugar donde ocurrió el hecho".

En consecuencia, aunque no existiera competencia por razón del domicilio, el juez competente sería también el de Ibagué por la naturaleza del asunto planteado en el libelo de demanda, toda vez que se recaba una indemnización de perjuicios por hechos distintos del desarrollo de un contrato.

Con fundamento en todo lo anterior la Corte declara como juez competente para conocer del presente proceso al Cuarto Civil del Circuito de Ibagué y, en consecuencia ordena enviar el expediente a dicho funcionario.

Hágase saber esta decisión al señor Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá.

Notifíquese. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Hugo Vela Camelo, Jorge Salcedo Segura, con complemento del voto.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Complemento de auto del Magistrado Salcedo Segura en el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué y el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, sobre el aspecto del domicilio.

El suscrito Magistrado consideró que aunque ciertamente el asunto podía resolverse exclusivamente con fundamento en el numeral 8 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, como en efecto ocurrió en el auto que antecede, se tocaba tangencialmente el fenómeno del domicilio, lo cual, sin ser estrictamente necesario, daba pie para analizar esta institución y hacer las precisiones jurisprudenciales y doctrinarias que se consignaron en el proyecto de auto que sometió a la consideración de la Sala. Empero, los señores Magistrados opinaron que no siendo estrictamente necesario tratar el aspecto domiciliario sería preferible posponer lo tratado en el proyecto de auto para oportunidad más concreta. Respetando el criterio de mis colegas soy del

parecer que era y es conveniente hacer las puntualizaciones que el proyecto de auto contenía. Por tanto, me permito expresarlas incluyendo a continuación el proyecto original de auto que se sometió a la consideración de la Sala, y que dice:

"Con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil procede la Corte a resolver el conflicto de competencia suscitado entre jueces del Circuito del Distrito Judicial de Ibagué y del de Bogotá, sobre cuál de ellos es competente para conocer del proceso ordinario que la sociedad Cárdenas y Compañía Limitada promovió contra la compañía Crediauto Limitada.

El proceso tiene por objeto obtener la condena a indemnizar unos daños causados por hechos ajenos a un contrato, los cuales ocurrieron en la ciudad de Ibagué.

En la demanda se dijo que la entidad demandada era vecina de Ibagué.

Acceptada la demanda por auto de 5 de junio de 1981 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué le fue corrida en traslado al Gerente de Crediautos Limitada en sus oficinas de Ibagué. Es de advertir desde ahora que la notificación se hizo en la dirección indicada en la demanda como sede social de la entidad demandada.

Simultáneamente con la contestación de la demanda y dentro del término legal, la parte demandada formuló excepción previa que denominó "incompetencia por jurisdicción" y que hizo consistir en el hecho de que el único domicilio de la sociedad Crediauto Limitada es la ciudad de Bogotá, aunque se aceptó que en la época en que ocurrieron los hechos que motivaron la demanda el domicilio sí era la ciudad de Ibagué.

Practicadas las pruebas solicitadas, por auto de 4 de noviembre de 1981 el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué puso fin al incidente declarando probada la excepción de falta de competencia territorial y ordenando enviar el expediente al reparto de los juzgados civiles del circuito de Bogotá. Se fundó el Juzgado de Ibagué en que, de conformidad con la inspección judicial practicada dentro del incidente, se comprobó que en la carrera 5ª N° 38-07 existe un edificio cuyo nombre es Crediauto y que hay un aviso luminoso con ese nombre, pero que ahora funcionan allí oficinas de otras empresas.

Llegado el expediente al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá ese despacho dictó el auto de 1º de febrero del año en curso, en virtud

del cual planteó el conflicto de competencia que ahora se resuelve, por considerar que el Juzgado de Ibagué no podía sustraerse válidamente del conocimiento del proceso, toda vez que de conformidad con el numeral 8 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil se configura una competencia en Ibagué por razón diferente del domicilio, por la naturaleza del asunto.

Debe tenerse en cuenta que en la demanda se señaló como dirección de la demandada en la ciudad de Ibagué la Avenida 5ª N° 35D-77 y la inspección judicial se practicó en la carrera 5ª entre calles 38 y 39. Existe, pues, una razonable duda sobre cuál es el domicilio de la persona jurídica demandada. Para aclarar el punto estima la Corte que es conveniente analizar el tema del domicilio en general.

Del domicilio en general. Definición y clasificación. En vista de que la solución del conflicto suscitado tiene que ver con el concepto de domicilio como generador de competencia, la Corte hace propicia la oportunidad para precisar, rectificar en parte y complementar la doctrina consignada en la sentencia de 31 de agosto de 1936, *Gaceta Judicial*, Tomo XLIV, página 123, última en la cual se ocupó detenidamente de este tema.

En primer lugar se ratifica el concepto general sobre el enfoque de la institución, expuesto en aquella oportunidad en los siguientes términos:

“Unánimemente reconoce la doctrina francesa que las reglas del Código de Napoleón sobre el domicilio son vagas, deficientes y hasta contradictorias, y que como consecuencia de ello resulta con frecuencia muy difícil determinar el domicilio de una persona.

“Lo propio puede decirse de las normas jurídicas contenidas en el título I de nuestro Código Civil. Distintas de las del Código de Napoleón, no son ni más claras ni más precisas ni más armónicas que éstas. Por el contrario, entre nosotros vino a agravar las dificultades de interpretación el hecho de que adoptara la regla consagrada en el artículo 76, que los legisladores franceses, para no complicar más el problema, se negaron a adoptar no obstante que figuraba en el proyecto de código elaborado por Tronchet y sus compañeros de comisión.

“Como la deficiencia legislativa no ha sido suplida en Colombia por medio de la elaboración doctrinaria de una teoría general del domicilio, la Sala estima procedente exponer previa-

mente su pensamiento sobre la cuestión global de la determinación del domicilio general o domicilio real”.

Hasta aquí la Corte en 1936. Como antes se expresó, se ratifica en términos generales su pensamiento, menos en su última frase, en cuanto se refiere a la necesidad de determinar el concepto de domicilio general o domicilio real. Necesario es empezar a puntualizar que el domicilio real, así denominado por el Código en el artículo 76, y por la doctrina con la expresión de voluntario, no es equivalente al domicilio general, como lo entendió la Corte en la sentencia transcrita. El domicilio general debe ser aquel concepto que pueda y deba ser aplicado a todas y cada una de las especies de domicilio civil, al paso que el domicilio real o voluntario no es sino una de éstas. El Código de Bello trató independientemente las diferentes especies de domicilio, empezando en el Capítulo II del Título I del Libro I, “del domicilio en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella” y continuando en el Capítulo III, “del domicilio en cuanto depende de la condición o estado civil de la persona”, dos de las principales, no las únicas, especies de domicilio, pero en parte alguna definió el domicilio civil en general, vale decir, el concepto que cobijara a las dos especies anteriormente aludidas. De allí que lo primero será intentar tal definición para llenar la laguna legal.

El domicilio civil es una institución jurídica en virtud de la cual un sujeto de derecho se considera residenciado, aunque de hecho no lo esté, en uno o varios municipios, para ciertos efectos legales, a saber: a) Determinar el fuero general de las personas, y b) Establecer el lugar en que a falta de convención deberá hacerse el pago de cosa genérica. Son fuentes de domicilio la conducta asumida por la persona (domicilio real o voluntario), la ley (domicilio legal o de dependencia) y el contrato (domicilio contractual o convencional).

La definición anterior precisa cómo en Colombia está consagrada la pluralidad de domicilios (artículo 83); cómo el domicilio es una relación entre una persona y un lugar, que necesariamente debe ser uno o varios municipios, quedando excluidos los conceptos territoriales de barrio, vereda o similares; cómo el domicilio es diferente de la residencia, pues aquel es un concepto jurídico y ésta lo es fáctico, el hecho de vivir en un lugar, no sin hacer hincapié en que el concepto de domicilio lleva implícita la residencia,

real o presunta. Afirmar que alguien está domiciliado en un municipio determinado es sostener que para los efectos legales indicados en la definición se considera que la persona reside en ese municipio, así ese hecho corresponda o no a la realidad.

¿Para qué sirve el domicilio? Toda institución jurídica debe cumplir algún fin. Instituciones jurídicas o inoficiosas no existen, no deben existir. El domicilio sirve, como quedó consignado en la definición, para determinar el fuero general de las personas y el lugar en que a falta de estipulación debe verificarse el pago de cosa genérica. Solamente para eso. Para nada más sirve el domicilio.

¿Qué debe entenderse con la expresión "determinar el fuero general de las personas?" Que por regla general es la institución del domicilio la que sirve para establecer cuál es el juez competente para conocer de los asuntos referentes a un sujeto de derecho, según dos principios de oro, a saber: En los procesos de jurisdicción contenciosa es juez competente el del domicilio del demandado (artículo 23, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil) y en los procesos de jurisdicción voluntaria es juez competente el del domicilio de quien los promueva (artículo 23, numeral 19, ordinal c), las cuales reglas tienen variantes dentro del mismo tema, a saber: En los procesos contra una persona jurídica es juez competente el juez del domicilio principal de la entidad y eventualmente el del de una sucursal o agencia (artículo 23, numeral 7); en los procesos de alimentos, nulidad, divorcio de matrimonio civil, separación de cuerpos de matrimonio civil, separación de bienes, liquidación de sociedad conyugal, pérdida o suspensión de la patria potestad e impugnación de la patria potestad es juez competente el del domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve (artículo 23, numeral 4); en los procesos de nulidad, disolución y liquidación de sociedad y las controversias entre socios, es juez competente el del domicilio principal de la sociedad; (artículo 23, numeral 6); en los procesos a que diere lugar un contrato, el del lugar del cumplimiento, o sea el del domicilio contractual (artículo 23, numeral 5); en los procesos de sucesión, el juez del último domicilio del difunto (artículo 23, numeral 14); en los de declaración de ausencia o de muerte por desaparecimiento, el juez del último domicilio del ausente o desaparecido (artículo 23, numeral 19, ordinal b); en los de guarda de menores, interdicción y guarda de demente o sordomudo, el juez de la resi-

dencia (¿domicilio?) del incapaz (artículo 23, numeral 19, ordinal a); y, finalmente, para celebrar el matrimonio es juez competente el municipal del domicilio de la novia (artículo 126 del Código Civil).

Además de los efectos puramente procesales referidos específicamente a competencia, el domicilio cumple el papel de señalar el lugar en donde debe verificarse el pago de cosa genérica a falta de estipulación, según la regla contenida en el artículo 1646 del Código Civil, que dice: "Si no se ha estipulado lugar para el pago, y se trata de cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo cierto existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor".

Fuera de los aspectos procesales antes indicados y en lo relacionado con el lugar en donde debe verificarse el pago, para nada más sirve el domicilio, motivo por el cual se tuvieron en cuenta en la definición de domicilio general.

Quizás históricamente el domicilio cumplió un papel diferente y es probable que aún lo cumpla en los países de régimen federalista, y es el de arraigar simbólicamente a una persona con un lugar determinado, más exactamente con el sistema jurídico privado vigente en ese lugar. Ese fue el papel que cumplió el domicilio en Francia antes de la unificación lograda en 1804, época en la cual, al decir de un famoso escritor, en ese país se cambiaba de sistema jurídico a la velocidad de un caballo. Para que la persona no estuviese variando de sistema legal al ritmo del galope, los franceses concibieron en primer lugar la institución del domicilio único, vale decir, un solo sistema legal rigiendo a una persona; ese domicilio único en Francia era y es el principal asiento de sus negocios. Entre nosotros, en cambio, según el artículo 83 del Código Civil está consagrada la pluralidad de domicilios. Y cuando la persona aún no había sentado pie, de modo que no pudiese decirse con exactitud cuál sería el asiento principal de sus negocios, los franceses concibieron el domicilio de origen, institución según la cual la persona que antes tuvo un domicilio legal o de dependencia y que aún no había constituido su propio domicilio real o voluntario, conserva como su domicilio su antiguo legal mientras establece el propio. Entre nosotros no existe tal institución y es más, es imposible legalmente hablar de domicilio de origen, ya que el fenómeno que dio lugar a su establecimiento en Francia fue regulado expresamente en forma distinta por nuestro Código Civil, en el

artículo 84, que establece: "La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte".

Como consecuencia de lo dicho la Corte corrige la citada jurisprudencia de 31 de agosto de 1936 en el sentido de aclarar que en Colombia no existe el domicilio de origen, como en esa oportunidad lo expresó la Corte. Según nuestro estatuto, cuando una persona adquiere la capacidad de tener su propio domicilio pero aún no ha configurado ninguna de las hipótesis que junto con la residencia dan lugar al domicilio real o voluntario, no conserva, como en Francia, su antiguo domicilio de dependencia como domicilio de origen, sino que la simple residencia hace las veces de domicilio civil.

Por manera que la clasificación que dio la Corte de las especies de domicilio civil, a saber:

"a) El domicilio legal, de derecho o de dependencia;

"b) El domicilio de origen; y

"c) el domicilio de adquisición, o de escogencia o voluntario", no se compagina con nuestro Código Civil. Son sí tres, pero diferentes, a saber:

a) Domicilio real o voluntario;

b) Domicilio legal o de dependencia, y

c) Domicilio convencional o contractual.

Del domicilio real o voluntario. Se ratifica lo dicho por la Corte en la oportunidad ya citada: "El domicilio de adquisición es aquel que una persona escoge libremente cuando es apta para tener su domicilio propio, es decir, cuando no está en alguno de los casos que impone un domicilio de dependencia.

"Este es el domicilio que define el artículo 76 y para cuya determinación se establece un sistema de presunciones en los artículos 79 y siguientes".

Según el artículo 76, la especie de domicilio denominado real, voluntario o de adquisición, "consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, de permanecer en ella". Dos son, pues, los elementos que integran esta especie de domicilio civil, a saber: el corpus y el animus.

La residencia, es decir, el hecho de vivir en un lugar determinado, o sea el elemento material, como hecho perceptible por los sentidos es fácil de demostrar por varios de los medios probato-

rios, testimonios, inspecciones judiciales, confesiones, etc. Dijo la Corte en 1936: "El primero de los referidos elementos es fácil de establecer. Se trata de un hecho material y tangible que cae bajo el dominio de los sentidos y se prueba sin dificultad por consiguiente. No acontece lo propio con el segundo de dichos elementos: el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia". ¿Cómo puede alguien probar cuál es el ánimo de una persona? ¿Qué desea ciertamente? Ello pertenece a su fuero interno y establecer la verdad es legalmente imposible. No se puede esculcar el alma de nadie para ver de probar legalmente lo que está deseando. Ante tan absoluta imposibilidad probatoria el Código estableció que el ánimo puede ser presunto. Sobre el particular agregó la Corte en fallo citado: "Por eso el legislador se vio obligado a entrar en el terreno de las presunciones, y al efecto —sobre la base de que el ánimo puede ser real o presunto— estableció: Que dicho ánimo se prueba:

a) Por la manifestación expresa que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor;

b) Por las presunciones establecidas en los artículos 79 y siguientes, que son presunciones legales que admiten prueba en contrario.

Según esos textos legales se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar:

a) Por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona;

b) Por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se conceden por largo tiempo; por otras circunstancias análogas. Y por el contrario, no se presume este ánimo por el hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, en los siguientes casos:

a) Si tiene en otra parte su hogar doméstico;

b) Si por otra circunstancia aparece que la residencia es accidental. El artículo 81 —que en realidad era innecesario— propiamente no consagra presunciones, sino que se limita a sacar una consecuencia necesaria de los principios antes expuestos, a saber: que el domicilio no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, si conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en el lugar anterior. Los otros dos textos aludidos (artículos 78 y 80) —no está por demás repetirlo— sólo contienen presunciones sobre la existencia o no existencia del ánimo de permanecer o avecindarse en un lugar, pero sobre la base de que dicho ánimo no

es de por sí bastante para el cambio de domicilio, sino que necesita estar acompañado del otro elemento ya mencionado, la residencia en un lugar determinado. Y en cuanto al artículo 82, es oportuno observar que aunque dice de manera impropia que se presume también el domicilio de la manifestación que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor, del ánimo de avecindarse en un determinado distrito, no debe ser entendido en el sentido de que se pueda cambiar de domicilio por esa simple manifestación no acompañada del cambio de residencia, sino que debe ser entendido como el 104 del Código Francés en el sentido de que la intención o ánimo puede preconstituirse y producirse directamente mediante esa manifestación. Cumple observar, finalmente, que el mismo artículo 78 —según el cual el lugar en donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio— contiene también una presunción legal, de carácter más general, y que en cierto modo engloba las demás, sobre el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar determinado”.

Del domicilio legal o de dependencia. En cuatro casos se encargaba la ley de imponerle directamente el domicilio a una persona, a saber:

1. Al hijo de familia;
2. Al pupilo;
3. A la mujer casada, y
4. A los criados o dependientes. De los referenciados únicamente subsisten los dos primeros.

Si el domicilio cumple fundamentalmente el papel de determinar el fuero general de las personas y si, para hacerlo, necesariamente el legislador ha tenido en mira facilitar el derecho a la defensa, es obvio que a un incapaz haya que demandarlo en el lugar en donde esté domiciliado su representante legal, quien es el que debe comparecer en representación del incapaz demandado. La ley simplemente en desarrollo de este principio, estableció sobre los hijos de familia y los pupilos lo siguiente: “Artículo 88. El que vive bajo patria potestad sigue en domicilio paterno, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador”. Respecto de lo anterior solamente cabría aclarar que hoy en día el titular de la patria potestad no es exclusivamente el padre legítimo, como inicialmente lo consagró el Código, sino que son simultáneamente ambos padres y, además, la patria potestad juega en la familia legítima, natural y adoptiva. Con ese criterio habría que entender modificada la expre-

sión “domicilio paterno” empleada en el artículo. Por lo demás, se hace hincapié, el domicilio legal de los incapaces no es otra cosa que el desarrollo de la teoría general de la representación legal, consagrada en los artículos 1505 en concordancia con el 62 del Código Civil, institución que es el gran remedio que el ordenamiento jurídico consagra para la incapacidad de ejercicio.

En cuanto a la mujer casada presumiblemente dejó de tener el domicilio de su marido desde cuando la Ley 28 de 1932 suprimió el matrimonio como causa de incapacidad de la mujer, y, consecuentemente, le quitó al marido la calidad de representante legal. No obstante, para mayor claridad, así lo estableció el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974 que derogó expresamente el artículo 87 del Código Civil que establecía el domicilio legal de la mujer casada.

En relación con el artículo 89 del Código Civil, según el cual “el domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella”, es hora ya de que la Corte se pronuncie sobre la permanencia de esta norma en el Código, siendo, como lo es, un rezago casi que de la esclavitud. Supóngase la situación de una empleada del servicio doméstico, mayor de edad, que reside en la misma casa de las personas para quienes trabaja. Esa trabajadora es tan plenamente capaz desde el punto de vista jurídico como su patrón. De tal suerte que predicar que esa persona no puede constituir su propio domicilio, sino que sigue el de su patrón es tan absurdo como sería predicar lo contrario, vale decir, que el patrón sigue el domicilio del criado o dependiente. Posiblemente la solución práctica sea la misma; la persona que presta servicios domésticos y es mayor de edad, tiene como domicilio el municipio en donde trabaja, pero no domicilio legal o de dependencia, sino real o voluntario, con fundamento en el elemento material de residir en ese municipio y el de desempeñar allí un trabajo que hace presumir su ánimo de permanecer en el lugar. A igual resultado se llega si se predica de ese criado o dependiente el domicilio legal. En otras palabras, es en ese municipio en donde trabaja que hay que demandar a esa persona, si fuere necesario. Lo que importa ahora es quitarle a esos trabajadores la capitis deminutio de no poder tener su propio domicilio sino el de su patrón. Estima la Corte que el citado artículo 89 está más que derogado por toda esa serie de normas que protegen y dignifican el trabajo, entre las cuales se pueden citar el acto legislativo número 1 de 1936, artículo 17 de la actual codifi-

cación de la Constitución y todo el Código Sustantivo de Trabajo.

El trabajo, cualquiera que sea, dignifica al hombre, y no es aceptable que por el hecho de que una persona plenamente capaz acepte un trabajo para subsistir, pierda la capacidad jurídica de constituir su propio domicilio. Y como, de otra parte, su patrón no es en modo alguno su representante legal, a quien haya que demandar en representación de su trabajador, es absurdo e inoficioso otorgarle a éste el domicilio de aquél.

De lo expuesto se infiere que en relación con el artículo 89 del Código Civil ha operado la derogatoria tácita por leyes posteriores que son contrarios a su letra y su espíritu.

Del domicilio contractual o convencional. Dispone el artículo 85 del Código Civil: "Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato". Sobre el particular el artículo 23, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil estableció: "En los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. Para efectos judiciales la estipulación de domicilio contractual se tendrá por no escrita". El lugar (municipio) que las partes contratantes escojan para cumplir el contrato de competencia, de conformidad con lo anterior. Y eso, ni más ni menos, es el domicilio contractual o convencional. Para compaginar lo anterior con la parte final del artículo que le niega todo efecto judicial al domicilio contractual habría que interpretar el artículo transcrito en el sentido de que se restringe la posibilidad de escoger un domicilio en virtud de un contrato a aquel o aquellos municipios en donde debe cumplirse el contrato.

En todo negocio jurídico creador de personas jurídicas de derecho privado, ora sean con ánimo de lucro o sin él, es indispensable que se exprese el domicilio de la asociación, fundación o sociedad, y con tal exigencia simplemente se le está atribuyendo competencia al juez de ese municipio para conocer de los procesos que se promuevan contra esa persona jurídica. De tal manera que al cumplirse esos requisitos esenciales para la formación de los referidos entes se está estipulando un domicilio contractual. Y como ya se vio que en el fondo la institución del domicilio no produce sino efectos procesales, salvo el caso excepcional del lugar en que debe verificarse el pago de cosa genérica, fuerza es concluir

que tal domicilio sí produce efectos procesales, a pesar de las voces finales del numeral 5 transcrito.

El domicilio de las personas jurídicas. El artículo 86 del Código Civil establece: "El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar en donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales".

Lo normal, lo común, es que el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de derecho privado, sea con ánimo de lucro (sociedades) o sin él (asociaciones o fundaciones), exprese que el domicilio de la persona jurídica creada esté en el mismo municipio en donde opera o esté situada su administración o dirección. En consecuencia, la forma elemental de establecer cuál es el domicilio de una persona jurídica para efecto de determinar el juez competente para demandarla, es consultar el acto administrativo en virtud del cual el Estado tomó cuenta y razón del negocio jurídico creador, en el cual necesariamente deberá expresarse el o los domicilios de la persona jurídica creada. Cuando quiera que el domicilio establecido en el negocio jurídico creador del nuevo ente no corresponda con el lugar en donde realmente está su administración o dirección, habrá que buscar tanto la realidad como lo pactado negocialmente, no sin advertir que el hecho de señalar un municipio determinado como domicilio de la persona jurídica y luego montar la administración o dirección en otro diferente, puede ser un factor que llame a engaño a los terceros y con tal criterio ha de calificar el juez esa circunstancia.

El juez competente en el caso de autos. En desarrollo de todo lo anteriormente planteado, puede decirse que sin lugar a dudas la sociedad demandada tuvo su domicilio convencional en Ibagué, pero actualmente es Bogotá, de conformidad con lo que reza el certificado de la Cámara de Comercio que obra en autos. Pero el domicilio real o voluntario de esa sociedad estuvo en Ibagué y muy posiblemente lo siga estando. En efecto, en la demanda se indicó una dirección de la sociedad demandada. El notificador del Juzgado se trasladó allí y encontró y notificó al Gerente de la sociedad, indicio vehemente de que realmente sí funcionan allí los órganos de dirección y administración de la empresa. Luego, durante el trámite del incidente exceptivo, se practicó una inspección judicial para acreditar que ya no funcionan en Ibagué las oficinas de la so-

ciudad demandada. Pero cuando en la demanda se indicó la Avenida 5ª N° 35D-77 como dirección de las oficinas sociales, y allí se practicó la notificación, la inspección judicial se efectuó en la carrera 5ª entre calles 38 y 39, es decir, en sitio diferente. El indicio de que sí funcionan la dirección y administración de la empresa en

Ibagué, que surge del hecho mismo de la rotificación, no ha sido, pues, destruido. Por tanto, en principio hay que afirmar que el domicilio real o voluntario de la sociedad sí es la ciudad de Ibagué”.

Jorge Salcedo Segura.

LESION ENORME

Aunque inspirados en similares motivos de equidad, los artículos 1407 y 1948 del Código Civil están destinados a regular situaciones diferentes. El primero se aplica a la acción rescisoria de una partición y el segundo al caso en que ya se ha proferido la sentencia en que se decreta la rescisión por lesión enorme de una compraventa. El derecho a atajar la rescisión de que trata el artículo 1407, sólo puede ejercerse mientras no se haya dictado la sentencia en el proceso en que dicha acción se ejerce.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

Bogotá, 26 de julio de 1982.

I

Antecedentes

1. María Concepción Peláez de Gallego, Carmen Tulia Peláez de Zuluaga, Oliva Arias de Peláez (cesionaria de María del Socorro Peláez de Díaz), Marco Hipólito, Antonio María, Carlos Emilio y Luis Ernesto Peláez, demandaron a José Peláez M., Eliseo Peláez, Iván Zuluaga, Miguel Ramírez, Antonio Ciro y Manuel Castaño, "conformes con la partición en la sucesión de Brígida Muñoz de Peláez", para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) Que la partición hecha en la sucesión de la mencionada Brígida "no consultó las reglas de la equidad y la justicia, pues todo el proceso se tramitó a espaldas de los herederos y que por lo tanto en dicha partición existe lesión enorme ...";

b) Que en consecuencia el Registrador de Instrumentos Públicos de Marinilla "deberá cancelar el registro de las mencionadas escrituras de partición e hijuelas ...";

c) Que "los demandados deben restituir al secuestre ... la posesión material de los bienes (sucesorales) ... y además deberán pagar al secuestre ... el valor total de los frutos ... sin derecho a reclamar nada por las mejoras ...

pues se entiende que estos poseedores son de mala fe ...";

d) Que los demandados deben pagar las costas procesales;

e) Que por consiguiente, "queda rescindida por causa de lesión enorme la partición" hecha dentro del proceso de sucesión de Brígida;

f) Que los demandantes deben "ser restituidos en sus derechos de herederos sin ningún menoscabo que lesione su derecho y para reclamar su verdadera cuota hereditaria, conforme a las reglas de la sucesión intestada", y

g) Que los demandados "serán responsables de la pérdida de las especies adjudicadas a ellos en la partición ..., de su deterioro, de los intereses y frutos de esas mismas especies, todo ello según las reglas generales sobre prestaciones a cargo de los poseedores de mala fe".

Como peticiones subsidiarias se formularon las siguientes:

a) Que hubo lesión enorme en la partición mencionada;

b) Que, en consecuencia, debe ser rescindida por causa de lesión enorme de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1405 del Código Civil, "ya que el avalúo pericial de los bienes relictos adolece de errores graves, malicia y mala fe de uno de los herederos ..., en el caso de que los otros partícipes no resuelvan atajar la acción rescisoria, ofreciendo y asegurando el suplemento de la porción hereditaria, en numerario;

c) "Que si los demandados optan expresa o tácitamente la rescisión de la partición, quedarán

sin efecto las escrituras contentivas de las hijuelas y que su registro en la oficina respectiva deberá ser cancelado ...”;

d) Que “al producirse la rescisión, quedará sin valor la partición demandada y por lo tanto los demandados deberán restituir ... la posesión material de los bienes al secuestre nombrado ... el cual se encargará de la administración y tenencia de los bienes hasta tanto se ordene, practique y se protocolice una nueva y justa partición de los bienes relictos”;

e) Que “en la misma hipótesis, los demandados deben purgar o liberar los bienes de mala fe adjudicados, de toda clase de limitaciones al dominio e hipotecas que hubieran constituido sobre ellos durante el tiempo que permanecieron en su poder, y en caso de no hacerlo, deberán ... pagar a los demandantes los perjuicios compensatorios y moratorios correspondientes”, y

f) Que los demandados deben pagar las costas del proceso.

2. Como *causa petendi* la parte actora afirmó en síntesis, que el demandado José Peláez otorgó poder a su abogado para que iniciara el proceso de sucesión de su madre Brígida Muñoz de Peláez a espaldas de los demás coherederos; que en dicho proceso, al hacerse la partición, se cometió grave atentado contra la equidad; que en todo caso, los demandantes sufrieron lesión enorme como consecuencia de las adjudicaciones que se les hicieron en el mencionado trabajo de partición de los bienes sucesorales de Brígida; y que la hijuela de deudas y gastos no corresponde en manera alguna al pasivo que aparece en la diligencia de inventario y avalúo, pues resultó ser mucho mayor que éste, con partidas que no se ajustan a la realidad.

3. Los demandados negaron en lo esencial las afirmaciones de la parte actora y propusieron las excepciones que denominaron “carencia de acción o de la acción propuesta, carencia de derecho para pedir, petición de un modo indebido o antes de tiempo y la genérica” y además, manifestaron que devolvían el proceso de sucesión al juzgado del conocimiento “por cuanto aún no se ha protocolizado, para que de él se expidan las copias pertinentes o que se soliciten”.

4. Culminó la primera instancia con fallo de fecha 15 de octubre de 1980, que dispuso lo siguiente:

a) Declaró rescindida por lesión enorme la partición impugnada;

b) Ordenó “la cancelación del registro de la sentencia de partición y sus respectivas hijuelas, para lo cual se oficiará al señor registrador ...”;

c) Declaró no probada la objeción que por error grave se había formulado al dictamen de los peritos Pedro Julio Gómez y Jesús Antonio Gómez;

d) Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y la condenó en costas. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en la suya del 8 de junio de 1981. El Tribunal, en juiciosa providencia del 6 de agosto siguiente, denegó la solicitud presentada por el apoderado de los demandados tendiente a que se adicionara y se aclarara el fallo de segundo grado.

5. Por estar debidamente surtida la tramitación legal del caso se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la decisión del Tribunal.

II

Los fundamentos del fallo recurrido

El Tribunal comienza sus consideraciones jurídicas diciendo que dentro “de las sanciones o penas civiles para los actos jurídicos en cuya formación se cometieron irregularidades, que son diversas y más o menos drásticas según la gravedad o transgresión legal, figuran la nulidad y la rescisión. Aquélla, que puede ser absoluta o relativa, se presenta cuando al acto jurídico le falta uno de los elementos de validez (Código Civil, artículo 1740). En tanto que de la nulidad absoluta surge la acción de nulidad, la nulidad relativa da lugar a la rescisión.

“En el presente litigio se cuestiona la rescisión por causa de lesión enorme de una partición de bienes, como que en la legislación colombiana contempla el artículo 1405 del Código Civil, al decir ...”.

El sentenciador analiza enseguida los elementos probatorios allegados a los autos, de los cuales concluye que el caudal hereditario de Brígida fue avaluado por el perito único que intervino en el proceso de sucesión en \$ 206.025 y que “al pasivo se le asignó la suma de \$ 55.000. Sobre esta base dada en el inventario debió hacerse la partición; pero no ocurrió así, pues ésta se hizo aumentando el pasivo a \$ 160.585.63 al incluirse \$ 105.585.63 por gastos que no habían incluido en la diligencia de inventarios. De esta

suerte, y por cuanto todos los interesados no estaban representados en el proceso, ni habían convenido otra cosa, la partición desconoció las reglas del artículo 1392 del Código Civil y 3º del artículo 610 del Código de Procedimiento Civil, porque las especies no fueron adjudicadas con base en la tasación pericial, ni se adjudicó la hijuela de gastos en común, sino a José Peláez M.”.

“Como se anotó —continúa el Tribunal—, en la diligencia de inventario se asignó a los bienes de la masa partible un valor de \$ 206.025.00. Deducido el pasivo, o sea \$ 55.000.00, quedaban bienes para adjudicarse valorados en \$ 151.025.00. Esta cantidad, repartida entre los once legitimarios de la causante... implicaba once hijuelas por valor líquido de \$ 13.729.55 cada una. Empero en la partición no se asignó esta cuota a cada comunero, sino que se elaboraron y adjudicaron doce hijuelas así: Una de gastos por \$ 160.585.63 que fue deducida del activo, y once cada una de \$ 4.130.85 para cada interesado. De esta suerte, a cada uno de los siete partícipes demandantes en este proceso se les adjudicó hijuela por valor de \$ 4.130.85..., es decir, con perjuicio en más de la mitad de su cuota.

“Lo anterior patentiza la existencia de la lesión que como causa de la acción rescisoria que se invoca en la demanda, toda vez que el acto partitivo se hizo desacatando el principio de la igualdad que inspira las particiones, al no haberse repartido los bienes comunes en proporción a la cuota de cada comunero”.

Más adelante estudia el fallador de segundo grado los dictámenes periciales producidos dentro del proceso, que encuentra bien fundamentados, de los que a su juicio se deduce: que el avalúo dado a los bienes en la sucesión es inferior en más de 25 veces el valor comercial que tenían al momento de la partición; y que no está probada la objeción que por error grave les formuló la parte demandada.

Finalmente, estima demostrado que el único heredero que tomó parte activa en el proceso de sucesión fue José Peláez. “Nadie conoció —advierte el Tribunal— la forma como José Peláez M. actuó dentro del proceso, excepto el doctor Fabio Arcila Zuluaga que rehusó hacer la partición porque José Peláez M. deseaba que se hiciera a su antojo”.

Por último dice el sentenciador que, según el Código Civil Colombiano, que en ese aspecto si-

gue muy de cerca al francés, la lesión no es un vicio subjetivo asimilable a un vicio del consentimiento, si no que se le da un carácter objetivo, en el que predomina el elemento material del perjuicio sufrido, sin considerar la posición de las partes, ni el fin perseguido por ellas. La lesión así, funciona en forma mecánica, material. Y sobre este postulado reitera su conclusión de que “las adjudicaciones a los partícipes demandantes se hicieron con perjuicio en más de la mitad de sus cuotas respectivas”.

III

El recurso de casación

Seis cargos formula la parte recurrente contra la sentencia cuyo resumen se acaba de hacer, uno por la causal segunda y los restantes por la primera.

Primer cargo. La sentencia impugnada —dice el censor— no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, porque se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno sobre el derecho de atajar la acción rescisoria de la partición que consagra el artículo 1407 del Código Civil, no obstante que la parte demandada, al contestar el libelo, propuso la llamada excepción “genérica, o sea todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen el nacimiento del derecho o lo declaran extinguido si alguna vez existió”.

Para sustentar su acusación comienza por transcribir las súplicas principales y subsidarias de la demanda y la parte resolutive de la sentencia de primer grado, y concluye que el fallador *ad quem* al haberla confirmado, incurrió en incongruencia, ya que no reconoció ese derecho no obstante haberse propuesto la llamada “excepción genérica”.

“El juzgado se abstuvo, pues, de tomar determinación sobre el derecho de atajar la rescisión para que su fallo se ajustara en forma estricta al ámbito fijado por las pretensiones como era su deber. Desatendió así mismo, lo que dispone el artículo 1407 del Código Civil que reconoce el derecho de impedir los efectos de la rescisión a quienes resulten vencidos en el proceso sobre lesión enorme, así los actores no lo hubieran mencionado en su demanda. Esta norma, en cuanto confiere derecho a los demandados no podía ser ignorada por el fallador...”.

“Al resolver el recurso de apelación que se interpuso contra la decisión del *a quo* —continúa la demanda de casación—, el Tribunal guardó silencio sobre el derecho que consagra el artículo

1407 del Código Civil. Por ello, el señor apoderado de los demandados, entre otras peticiones, solicitó adicionar la sentencia de segundo grado" en ese sentido. Sin embargo, el Tribunal no accedió a esa solicitud, porque consideró (equivocadamente a juicio de la censura) que los demandados no hicieron uso del mencionado derecho durante la tramitación del proceso.

"Cuando se comparan las pretensiones, las excepciones y el derecho que se define en el artículo 1407 del Código Civil —prosigue el casacionista—, cuyos titulares son los partícipes en los bienes sucesorales objeto de la rescisión por lesión enorme, con lo resuelto por el honorable Tribunal Superior de Medellín, se concluye que no existe consonancia, ya que se configura la incongruencia por haberse omitido decidir sobre uno de los extremos de la relación jurídico-procesal. En el fallo existe, pues, el fenómeno de *mínima petita* o *citra petita*".

Más adelante, luego de transcribir el artículo 1407, dice el recurrente que el significado del verbo atajar que emplea el texto legal, no puede restringirse en el sentido "de que es mero instrumento que se ofrece para *detener* la acción; cabe más bien decir que se emplea para *impedir* o *cortar* la acción; sería entonces un medio de defensa o, específicamente, quizá una excepción" (subrayas del texto).

"... No existe norma alguna que señale la oportunidad para ejercer este derecho —explica el censor—. Algunos tratadistas consideran que ello es posible aun dentro de la etapa procesal subsiguiente a la ejecutoria de la sentencia, o sea, cuando se elabora y se somete a la aprobación del juez la nueva partición. Otros afirman que puede ejercerse cuando se conoce el fallo judicial sobre la rescisión, antes de su ejecutoria, porque entonces es cuando los partícipes tienen conocimiento cierto, porque este derecho se concede para impedir los efectos de la rescisión, o sea, cuando realmente saben el monto del suplemento que deben ofrecer, a cuáles de los partícipes y en qué cuantía deben asegurar su pago.

"Por último, hay quienes sostienen que tal derecho sólo puede ejercitarse dentro de las respectivas instancias, llegando al extremo de indicar que debe ofrecerse el suplemento y asegurarse su pago en numerario dentro del término para contestar la demanda.

"Como es un derecho definido de modo expreso por el legislador, y como es obligatorio para el fallador conocer y aplicar las normas lega-

les, así éstas no hayan sido invocadas por las partes o lo hayan sido erróneamente, puede afirmarse que en el evento favorable de la acción rescisoria, los jueces, en la sentencia, deben advertir a los partícipes que, dentro del plazo que al efecto señalen, pueden impedir la rescisión ofreciendo y asegurando el pago del suplemento según las cifras que resulten del proceso".

Como conclusión de todo lo que expone para sustentar el cargo, dice el censor que en el presente caso los demandantes admitieron desde un principio la posibilidad de que los demandados atajaran la rescisión y, además, que estos últimos pidieron oportuna pero infructuosamente que se adicionara la sentencia del Tribunal en ese sentido.

Consideraciones de la Corte

El principio de la congruencia está consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, cuyo primer inciso es el siguiente: "La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

La Corte se ha referido a este tema en innumerables ocasiones y ha expuesto, por ejemplo, que la "conformidad o consonancia que debe existir entre el *petitum* y la sentencia estimatoria no debe ser de tal naturaleza que el fallo tenga que reproducir textualmente las peticiones del libelo" (CXXXVI, página 177). Y ha dicho también: "Por cuanto son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación ha de buscarse necesariamente confrontando la parte resolutive de la sentencia que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones deducidas en la demanda, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre esos dos extremos la falta de conformidad..." por *ultra petita*, *extra petita* o *mínima petita* (CXLII, página 197).

Al aplicar estos principios al caso en estudio, se llega a la conclusión de que no existe la incongruencia que se atribuye al fallo recurrido. Es cierto que la parte actora solicitó "que la partición debe ser rescindida por causa de lesión enorme... en el caso de que los otros partícipes no resuelvan atajar la acción rescisoria ofreciendo y asegurando el suplemento de la por-

ción hereditaria, en numerario". Sin embargo, esa súplica se formuló como subsidiaria y las que prosperaron fueron las principales, de una parte, y de otra los demandados en ningún momento ofrecieron a los actores, ni menos aún les aseguraron pagarles en numerario, el suplemento de sus porciones como lo dispone el artículo 1407 del Código Civil.

Ya se vio que la incongruencia resulta de comparar la parte resolutive de la sentencia con las *pretensiones* de la demanda o las *excepciones* propuestas por el demandado. Las excepciones de fondo deben proponerse con la contestación de la demanda y dentro del término que la ley señala al efecto. Pues bien, nada dijeron los demandados en esa oportunidad, acerca de su deseo de atajar la acción rescisoria.

El derecho que consagra el citado artículo 1407, requiere necesariamente actividad de la parte que lo ejerce. Así se deduce del claro texto de la norma, que emplea los verbos *ofrecer* y *asegurar*, de suerte que mal puede estimarse, como lo pretende el recurrente, que la llamada "excepción genérica" que oportunamente propusieron los demandados, llevaba consigo, aunque fuera en forma implícita, la oferta del suplemento en efectivo destinado a atajar la acción rescisoria.

Menos aún puede hallarse la pretendida incongruencia en la negativa del Tribunal a aclarar o adicionar su sentencia en ese sentido.

"Es de advertir que el fallador no desborda los límites de su actividad jurisdiccional —ha expuesto esta Sala—, cuando decide sobre puntos que expresamente no le fueron propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado *ex officio* por la ley. En tal evento es su deber sentenciar sobre ese extremo, pues si guarda silencio, entonces sí se opera la incongruencia por haber dejado de resolver sobre puntos que, aunque no propuestos expresamente por los contrincantes, están insitos en las pretensiones o excepciones respectivas y que, por estar íntimamente vinculados con unas y otras, la ley quiere que el fallador decida en el mismo proceso, con el propósito de que, cumpliendo el principio de economía procesal, no sean materia de un nuevo litigio, que resulta superfluo a todas luces" (CXLVIII, página 116).

El concepto de la Corte que se acaba de transcribir, pertenece a una sentencia en la que se resolvió sobre la resolución de una venta por no haberse pagado el precio, en la que el Tribu-

nal no había dado cumplimiento a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1932 del Código Civil. Esta norma confiere explícitamente al comprador el derecho a "que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio". Tal situación, como es fácil comprenderlo, es muy distinta a la que aquí se contempla, pues como atrás se dijo, el derecho que otorga el artículo 1407 requiere *sine qua non* actividad de parte del partícipe demandado; o sea, ofrecer y asegurar el pago del suplemento.

Por consiguiente, el que en la sentencia no se hubiera contemplado la posibilidad de atajar la acción rescisoria de la partición impugnada en este proceso, de suyo no comporta incongruencia alguna.

De todo lo expuesto fluye la conclusión de que el cargo en estudio no puede prosperar.

Segundo cargo. Se acusa la sentencia de haber interpretado erróneamente los artículos 1405 y 1407 del Código Civil, "violación que implica infracción de los artículos 304, 305, 306 y 311 del Código de Procedimiento Civil, 1374 y 1401 del Código Civil".

Asevera el censor que el Tribunal, ante la solicitud de adición de su sentencia que le formuló la parte demandada, tendiente a que hiciera algún pronunciamiento sobre el derecho que consagra el artículo 1407 del Código Civil, se limitó a manifestar que los demandados en ningún momento del proceso habían hecho uso de ese derecho.

Agrega enseguida que el citado texto legal confiere el derecho en referencia a los partícipes y que de "ello resulta que el titular de la acción rescisoria es el heredero que, por consecuencia de la rescisión decretada por el juez, ha regresado al estado de indivisión a ser propietario de una cuota o porción indivisa de los bienes que conforman el activo de la herencia, y a responder por la cuota del respectivo pasivo. Puede afirmarse, pues, que sólo cuando se pronuncia el fallo que decreta la rescisión, el heredero readquiere su estado de 'partícipe' y es entonces cuando surge su derecho de atajar la rescisión.

"Respecto al término 'atajar', y recurriendo a las varias acepciones que le señala el mismo diccionario, se concluye que las más apropiadas son las de *impedir* o *cortar* (subraya el recurrente) los efectos de la rescisión que se hubiere pronunciado.

"Armonizando los significados de las expresiones que se emplean en el artículo 1407 —con-

tinúa la censura—, se concluye que este derecho del partícipe nace simultáneamente con el fallo judicial que resuelve favorablemente la pretensión sobre rescisión por lesión enorme. Esta interpretación guarda igualmente armonía con el trámite procesal y su culminación, pues sólo de la sentencia en la cual se comparan los precios que se tuvieron en cuenta para la participación (sic) sujeta al litigio, con los señalados por los peritos en el dictamen que valora el fallador, se puede conocer el suplemento que debe ofrecerse por quien tenga interés en atajar los efectos de la decisión judicial a cuál o cuáles de los partícipes debe ofrecerse, el monto del mismo que puede no ser igual para todos ellos y también la forma de asegurar su pago en numerario.

“Si esta es la interpretación que corresponde al citado artículo, no sería necesario dentro del proceso de rescisión alguno o algunos (sic) de los interesados estuvieran obligados a alegar o reclamar tal derecho, bien al contestar la demanda o dentro de las respectivas instancias.

“Por consiguiente —concluye el censor—, es errónea la interpretación que el Tribunal dio a esa norma al exigir que los demandados hubieran hecho uso de tal derecho dentro del proceso”.

Más adelante agrega que esa errónea interpretación del artículo en cita, implicó también la violación de los artículos 304, 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el fallo acusado no contiene decisión expresa y clara sobre el extremo previsto en el artículo 1407 del Código Civil “que debía considerarse de oficio para advertir a los partícipes del derecho que esta norma les atribuye. En el supuesto de que se estimara tal derecho como excepción, el fallador debía estudiarlo oficiosamente sin exigir que las partes la alegaran.

“La infracción de las normas citadas —prosigue la censura— violó también el artículo 1401 del Código Civil por cuanto por haber omitido reconocer el derecho a favor de los partícipes ya no opera la presunción respecto de los bienes que recibieron los asignatarios. Infringe así mismo los artículos 1374 y 1394, dado que en virtud de la sentencia han vuelto al estado de comunidad en los bienes y en los frutos”.

Tercer cargo. En este se acusa la falta de aplicación del artículo 1407 del Código Civil “como consecuencia del error de hecho ostensible en que incurrió el *ad quem* originado en la incorrecta apreciación de las pretensiones de la de-

manda, de su contestación y de lo manifestado por el apoderado de los demandados. Infringe así mismo los artículos 304, 305, 306, 311 y 331 del Código de Procedimiento Civil y 1374 y 1401 del Código Civil”.

El recurrente comienza por transcribir las súplicas de la demanda que dio origen a esta litis, en las que se hace referencia al derecho que confiere el artículo 1407 del Código Civil y dice que no obstante ser subsidiarias de todas maneras señalan el ámbito “de las atribuciones que los mismos demandantes fijaron al fallador. . . . La parte resolutive de la sentencia acoge realmente dicha pretensión, cuando dispone “Declárase rescindida por causa de lesión enorme, la partición . . .”.

Critica enseguida que el sentenciador no se hubiera pronunciado sobre ese extremo de la litis, no obstante que la llamada “excepción genérica” se lo permitía, y que por ese motivo el apoderado de la parte demandada tuvo que pedir al Tribunal que adicionara su sentencia con ese fin. Luego de transcribir dicha petición dice: “Es posible que esta solicitud no esté rigurosamente ceñida al artículo 1407 del Código Civil porque invoca el artículo 1948 *ibidem*, como concordante según la abreviatura de la cita. Sin embargo, de todas maneras contiene la esencial petición de definir, por ser pertinente, lo relacionado con el derecho de algunos de los partícipes a completar en numerario el precio de la cuota hereditaria en la que se hubiere configurado la lesión enorme, como también respecto de aquéllos que tuvieron derecho a que se les completara el valor de sus cuotas, por haber sufrido lesión enorme en la cuantía fijada por la ley”. Más adelante dice: “El *ad quem* ignoró que, en forma anticipada, los demandantes habían aceptado que en el supuesto de decisión favorable a sus pretensiones, se sujetarían al querer de los demandados de atajar los efectos de la rescisión ofreciendo y asegurando el pago en numerario. Así mismo, que de la contestación de la demanda, en la parte sobre excepciones y del memorial para sustentar el recurso de apelación, el apoderado de los demandados se había referido concretamente al derecho de impedir los efectos de la rescisión. Interpretó también erróneamente la solicitud del señor apoderado de los demandados, que formuló cuando aún no se hallaba ejecutoriada la sentencia de segundo grado”.

“La sola comparación de las pretensiones de la demanda —dice el casacionista más adelante—, las excepciones en la réplica, el memorial

para sustentar la apelación y la petición de adicionar la sentencia de segunda instancia, con la decisión sobre el asunto aquí cuestionado, demuestra en forma por demás evidente, que el fallador de segundo grado ignoró, en forma total, el contenido de las pretensiones de los demandantes sobre este derecho de los demandados, el que resulta de la excepción que como genérica se propuso y las manifestaciones consignadas en los memoriales que sustentaron el recurso de alzada y pidieron adicionar la sentencia de segundo grado, de los cuales surge, de manera evidente, que los demandados tenían intención de ejercer el derecho de atajar los efectos de la rescisión decretada por el juzgado y por el *ad quem* en la sentencia aún no ejecutoriada”.

En cuanto a las demás infracciones que señala el recurrente, la censura repite los argumentos que se reseñaron en el planteamiento del cargo anterior y termina transcribiendo unos breves apartes de las obras de don Fernando Vélez y del doctor Hernando Carrizosa Pardo, referentes al citado artículo 1407.

Consideraciones de la Corte

El Código Civil, en el Título X del Libro Tercero, señala las reglas a que está sometida la partición de los bienes comunes y entre ellas incluye, en indudable acatamiento a la equidad, la que establece el artículo 1405, así: “Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”.

“Podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos —agrega el artículo 1407—, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario”. El artículo 1350 del Código Civil Chileno, igual al 1407 del Colombiano, también utiliza el verbo atajar.

El artículo 891 del Código Civil Francés que contiene una norma similar, en lugar del verbo atajar que emplean las normas colombiana y chilena, usa el verbo detener (*arrêter*), que en el fondo viene a ser lo mismo.

En cambio en lo que respecta a la lesión enorme en el contrato de compraventa, el artículo 1948 estatuye que el comprador “contra quien se pronuncia la rescisión (se subraya), podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su ar-

bitrio consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”.

Aunque inspirados en similares motivos de equidad, los artículos 1407 y 1948 son diferentes y están destinados a regular situaciones distintas. El primero, como claramente lo indica el verbo atajar que emplea, se aplica a la acción rescisoria de una partición y el segundo al caso en que ya se ha proferido una sentencia que decreta la rescisión por lesión enorme de una compraventa. Así se deduce del derecho que allí se confiere al comprador o al vendedor “contra quien se pronuncia la rescisión”.

Por consiguiente, cada una de tales normas tiene su propio campo de aplicación. El derecho a atajar la acción rescisoria que consagra el artículo 1407 debe ejercerse antes de que se decrete la rescisión, o sea, dentro de la tramitación del proceso correspondiente y en todo caso con anterioridad al fallo que en éste se profiera. Fernando Vélez (*Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, 2ª edición, París, Impr. París América, Tomo V, página 290) y Hernando Carrizosa Pardo (*Las Sucesiones*, 3ª edición, Bogotá, 1945, Ed. Libr. Voluntad, página 494) son de la misma opinión. Vélez se expresa así: “Para impedir la acción rescisoria deben los demandados ofrecer y asegurar el suplemento de que se trata. ¿Cuándo pueden hacer esto? Juzgamos que desde que se les notifique la demanda hasta que se dicte la sentencia firme, porque después de dictada sólo faltaría cumplirla. Esto lo deducimos de que el artículo 1407 y el 1288 (este último del Código Judicial entonces vigente, observa la Corte) citados, hablan: el uno de atajar la acción rescisoria y el otro de oponerse a ella. Cualquiera de las dos cosas es admisible mientras el juicio esté en curso. Sin embargo, el artículo 1948 se refiere al caso en que haya sido pronunciada la rescisión, caso en que puede impedirlo el vendedor o el comprador, según quien haya sufrido la lesión. Aunque pudiera haber razones para aplicar esta doctrina a las particiones, puesto que no se ve por qué se hace diferencia en el particular entre éstas y las compraventas, a esas razones puede contestarse que atajar una acción u oponerse a ella sólo puede ocurrir mientras la acción exista, pero no después de que ha terminado por sentencia ejecutoriada”.

Carrizosa sostiene que la ley “permite detener la acción aun antes de que exista la demanda, y seguramente durante todo el curso del juicio respectivo”.

Alfredo Barros Errazuriz (*Curso de Derecho Civil, 4ª Ed. Volumen V, Ed. Nacimiento, Santiago, página 387*), dice: "Como la rescisión de la partición produce graves consecuencias y afecta las relaciones de los herederos con terceras personas a quienes han transferido el todo o parte de las especies adjudicadas, la ley establece un medio de impedir la rescisión.

"Podrán, dice, los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario" (artículo 1350).

"Esto puede hacerse en cualquier estado del juicio, mientras no exista un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada".

Luis Claro Solar (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XVII, página 264, número 2675*), expone al respecto:

"La ley habla de atajar la acción rescisoria del demandante; esto es "cortar, impedir, detener el curso de la acción rescisoria; atajar el pleito"; según la significación que en sentido figurado atribuye a esta expresión el Diccionario de la Academia española; de modo que la idea dominante de la disposición de la ley es que durante la secuela del juicio de rescisión pueden los otros partícipes paralizar los efectos de la acción y evitar que se pronuncie la rescisión de la partición que produjo la lesión, ofreciéndole al demandante y asegurándole el suplemento de su porción.

"Una vez dictada la sentencia, que da lugar a la rescisión, la acción no habría sido atajada; y por consiguiente la sentencia produciría sus efectos, no siendo ya obligatorio para el demandante aceptar el mantenimiento de la partición mediante el ofrecimiento y seguridad de pago del suplemento de su porción".

Nuestro Código de Procedimiento Civil nada dispone en cuanto a la oportunidad ni a la forma en que debe ejercerse el derecho de atajar la acción rescisoria, de suerte que será menester acudir a los principios generales de derecho procesal, tal como lo dispone el artículo 4º de dicho estatuto, para que el demandado en la referida acción pueda ofrecer y asegurar al demandante en la acción rescisoria "el suplemento de su porción en numerario".

No tendría sentido el verbo atajar que emplea el citado artículo 1407 refiriéndose a la acción rescisoria, si ésta ya hubiese prosperado. La más pertinente de las varias acepciones del verbo atajar

que trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: "6. Detener a alguna persona en su acción; o cortar, impedir, detener el curso de alguna cosa. Atajar el fuego, un pleito".

En consecuencia, la Corte no encuentra que el sentenciador hubiera interpretado mal el precepto en cita, al estimar que la parte demandada ha debido ofrecer y asegurar dentro del proceso, esto es antes de proferida la sentencia de instancia, el complemento de la porción de bienes hereditarios a que tienen derecho los demandantes lesionados con la partición.

El recurrente pretende que el Tribunal erró de hecho al no haber visto las siguientes "pruebas":

a) Que en la demanda se contempló la posibilidad de que los demandados atajaran la acción rescisoria en la forma prevista por el artículo 1407 del Código Civil;

b) Que los demandados hicieron uso de ese derecho al proponer la llamada excepción genérica en la contestación del libelo;

c) Que en el escrito presentado ante el Tribunal para sustentar el recurso de apelación, se planteó esa misma posibilidad de atajar la acción rescisoria de la partición, y

d) Finalmente, que en el escrito en que se pidió a dicha corporación que adicionara su sentencia del 8 de junio de 1981 se hizo otro tanto, aunque en forma no "rigurosamente ceñida al artículo 1407 del Código Civil, porque invoca al artículo 1943 *ibidem*, como concordante según la abreviatura de la cita".

Es bien sabido y así lo ha expuesto la Corte en innumerables ocasiones, que para efectos de la causal primera de casación, cuando se acusa el quebranto de normas sustanciales a consecuencia de errores fácticos que se atribuyen al sentenciador en cuanto a la cuestión probatoria, tales errores, además de trascendentes, esto es, decisivos y determinantes del sentido de la sentencia impugnada, han de ser ostensibles, es decir, que no requieran complicadas interpretaciones o extensos razonamientos para señalar su existencia.

En el cargo que ahora se estudia, no se da en manera alguna esa calidad de ostensibles, indispensable para que los pretendidos errores de hecho que se achacan al sentenciador permitan la casación de la sentencia impugnada.

La parte actora planteó en su demanda, en súplica subsidiaria, la posibilidad de que los de-

mandados optaran por atajar la acción rescisoria, pero esta sola circunstancia no es prueba que hubiera preferido el sentenciador. Para poder atajar la acción en referencia se requería una clara iniciativa de la parte demandada consistente en *ofrecer y asegurar* el pago de suplemento, como lo dispone el artículo 1407. El Tribunal expuso en el fallo recurrido las razones por las cuales no estaban llamadas a prosperar las excepciones propuestas por los demandados, entre ellas, la "genérica". Esta última, tal como lo expresó la parte demandada al proponerla, consiste en "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen el nacimiento del derecho o lo declaran extinguido si alguna vez existió". Podrá decirse con acierto que esta definición comprende el derecho de atajar la acción rescisoria de la partición.

En todo caso, no es, no puede ser evidente y ostensible, que en dicha excepción pudiera considerarse ejercido el derecho de atajar la acción rescisoria de la partición, ya que el artículo 1407 del Código Civil exige al efecto —se repite— que se ofrezca y se asegure el pago en numerario del suplemento de la porción del demandante. Aún suponiendo, en gracia de discusión, que en esa forma pudiera considerarse efectuado en forma tácita el ofrecimiento del pago en mención, ¿dónde puede encontrarse el aseguramiento que la citada norma exige?

Es tan vaga la alusión que hizo el apelante al sustentar su recurso al derecho que otorga el citado artículo 1407, que en manera alguna cabe estimar que el Tribunal erró de hecho, ni menos aún en forma ostensible, al no haberla tenido en cuenta al proferir la sentencia atacada. En efecto, allí sólo aparece la frase que transcribe el propio recurrente: "Ciertamente, en ella no se conoce hasta dónde pretenda cada uno de los accionistas que se haya lesionado su derecho y que pudiera pretender de cada uno de los varios demandados, cuál de ellos o cuáles estuvieron en aptitud de completar el correspondiente valor, si llegare el caso ...".

Por último, en la misma demanda de casación, se afirma que el escrito en que se le solicitó al Tribunal que adicionara su sentencia en lo atinente al pretendido enervamiento de la acción rescisoria de la partición, no está rigurosamente ceñido al artículo 1407, como que sólo se invoca el 1948. Basta esta afirmación para poner de relieve que no pudo ser ostensible el error de hecho cometido por el Tribunal al no haber tenido en cuenta esa manifestación. Por otra parte, anteriormente se dijo que a juicio de la Corte el de-

recho a atajar la acción rescisoria de que trata el referido artículo 1407 del Código Civil, sólo puede ejercerse mientras no se haya dictado sentencia en el proceso en que dicha acción se ejerce.

En consecuencia, la acusación no puede prosperar.

Cuarto cargo. Se hace consistir en la aplicación indebida del artículo 1405 del Código Civil "a consecuencia de error de hecho ostensible en que se incurrió al dar por demostrada la partición de bienes en el proceso de sucesión intestada" de Brígida Muñoz de Peláez. "Como violación medio —agrega el casacionista— los artículos 174, 177, 187, 303, 304, 610 y 611 del Código de Procedimiento Civil".

Para sustentar el cargo dice el recurrente que la partición de bienes sucesorales es un acto complejo, que está integrado no sólo por la partición misma sino también por su providencia aprobatoria y que es ostensible el error de hecho en que incurrió el Tribunal, porque de examinar el expediente resulta que "en ninguno de sus cuadernos se halla la copia del trabajo de partición y de la sentencia que la aprobó".

Quinto cargo. A juicio del recurrente el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 1405 y dejó de aplicar los artículos 1390, 1391, 1392 y 1947 del Código Civil "como consecuencia de los errores de hecho evidentes en que incurrió ... originados en la incorrecta apreciación de unas pruebas y en el error de derecho en la estimación de otras. Como violación medio señaló los artículos 174, 177, 185, 241, 152, 253, 254 y 256 del Código de Procedimiento Civil".

Como fundamento de su acusación dice el casacionista: "incurrió en error de derecho el fallador de segundo grado, cuando para confirmar la sentencia del juzgado apreció las copias de la diligencia de inventarios y avalúos en el proceso de sucesión ... y la del trabajo de liquidación y adjudicación de bienes que presentó el partidor en el mismo proceso. Estas copias, expedidas por el señor Secretario del Juzgado de Santuario, no fueron allegadas en forma 'regular' al proceso. Son reproducciones mecánicas, fotocopias, que no tienen la autenticación del juez, ni tampoco de Notario, y por eso carecen del valor de los documentos originales.

En cuanto al error de hecho que atribuye al Tribunal, afirma la censura que éste no podía comparar el precio de los bienes en 1978, según los dictámenes periciales, con el valor que a esos mismos bienes se fijó en 1969, a los cuales, según

el mandato del artículo 1392 del Código Civil debía sujetarse el partidor para la distribución y adjudicación de bienes”.

Y más adelante agrega lo siguiente: “Una comparación correcta implica que los valores o los precios de las mismas especies, señalados por personas diferentes, sean el resultado de su estimación en las mismas fechas. Sólo en esta forma el perito que intervino en el proceso de sucesión y los que rindieron sus dictámenes en el proceso ordinario estaban en posibilidad de tomar en consideración, para fijar el respectivo valor, los distintos factores que influían en la determinación del precio, como era las circunstancias económicas, regionales y generales, las obras que se estuvieran desarrollando, el ambiente de paz en la región, etc. Es decir, que era indispensable, para deducir la lesión enorme, que en proceso ordinario los peritos hubieran fijado el precio que tenían en 1969 los bienes del causante”.

Sexto cargo. Se acusa la sentencia recurrida de haber aplicado indebidamente el artículo 1405 del Código Civil “como consecuencia del error de derecho en que incurrió el *ad quem* en la apreciación de la prueba con la cual se pretendió demostrar la partición de bienes en el proceso de sucesión intestada de la señora Brígida . . . Como violación medio señalo los artículos 174, 185, 253, 256, 303, 304, 610 y 611 del Código de Procedimiento Civil y 1394 del Código Civil”.

Como prueba indebidamente apreciada se indica la copia del trabajo de partición de los bienes sucesorales, porque siendo éste un acto complejo —dice el censor—, ha debido complementar dicha prueba con copia auténtica de la sentencia aprobatoria correspondiente. “Esta copia —agrega el recurrente— debía incluir además la constancia de su notificación, su ejecutoria y su registro. Para que pudiera apreciarse como prueba era indispensable que el juez o un notario la hubieran autenticado.

“Examinado el expediente, sólo se encuentra fotocopia de la partición de bienes que elaboró el partidor, firmada por el secretario . . . incurrió, pues, el Tribunal en error de derecho cuando al apreciar la copia de folios 27 a 34, cuaderno número 2, consideró que con ella se demostraba el trabajo de liquidación y adjudicación de bienes elaborado por el partidor y también la sentencia que la aprobó, porque tal documento no reúne los requisitos que exigen los artículos 253, 254 y 256 del Código de Procedimiento Civil”. Se tiene en cuenta:

1. Las pruebas que hecha de menos el casacionista obran en el proceso en fotocopias, así:

a) Diligencia de inventario y avalúo, partición y auto de traslado, cuaderno 2, folios 24 a 34;

b) Sentencia de la partición y notas de registro de las hijuelas, cuaderno 5, folios 35 a 38;

c) Auto de nombramiento de partidor y numerosas piezas del proceso de sucesión de Brígida Muñoz de Peláez, cuaderno 3, folios 1 a 34;

d) Nueva copia de la partición, auto de traslado e informe del secretario de que no fue objetada, cuaderno 1, folios 58 a 65.

De lo expuesto se deduce que no existe el error de hecho que por suposición de las pruebas mencionadas se atribuyen al sentenciador.

2. Además, todos los reparos que se formulan a la sentencia recurrida en los cargos que se dejan reseñados, brillan por su ausencia en las actuaciones de instancia.

Nada se dijo entonces acerca de las pruebas que ahora se atacan a través de los errores de hecho y de derecho que se atribuyen al fallo impugnado. Se está en presencia, pues, de medios nuevos en casación, respecto de lo cual ha dicho la Corte:

“Se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiera hechar mano en casación, de hechos, extremos o planteamientos no alegados ni formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa . . . La sentencia no puede enjuiciarse en casación, sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino respecto del Tribunal fallador, a quien se le llamaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él entonces ignoradas” (LXXXIII, página 76).

Los tres cargos que ahora se despachan tienen en común que esgrimen medios nuevos inaceptables en casación. Así lo ha sostenido la Corte en innumerables providencias (XXXIX, página 178; LIX, página 137; XCVI, página 101; CXXXI, página 144; CXXXIX, páginas 39 y 91).

“Con arreglo a esta jurisprudencia, que la Corte no ha variado, toda alegación conducente

a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación" (CXXXIX, página 84). "El cargo planteado por primera vez en casación, con base en defectos legales que se le imputan a la aducción de la prueba ... implica un medio nuevo que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario" (CXLVII, página 26).

Tiene razón el recurrente en el reparo que formula a las fotocopias del proceso de sucesión que el Tribunal tuvo como prueba, ya que no están autenticadas en la forma que ordenan los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, sino apenas con la firma del secretario.

En ese sentido debe hacerse la correspondiente rectificación doctrinaria al sentenciador de segundo grado, lo que comporta que no haya lugar a condenar en costas a la parte recurrente. Sin embargo, como error de derecho no puede tenerse en cuenta ese reparo que formula la censura, porque se violaría el principio de la inadmisibilidad de los medios nuevos en casación a que atrás se hizo referencia.

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.

Sin costas, por la rectificación doctrinaria.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Jorge Salcedo Segura, Germán Giraldo Zuluaga, Alberto Ospina Botero, Hugo Vela Camelo.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Causal primera. La prueba eficaz en revisión no puede configurarse con posterioridad al fallo; debe existir desde el momento en que se entabla la demanda del proceso, cuya sentencia se revisa.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: ...

Bogotá, 30 de julio de 1982.

Por estar surtido cabalmente su trámite, procede la Corte a decidir el recurso de revisión entablado por la Sociedad Corporación de Acero, Marco y Eliécer Sredni y Compañía, Corpacero, respecto de la sentencia de Casación Civil que dictó la Corte Suprema de Justicia el 29 de noviembre de 1978, en el proceso ordinario de Urbanización Montevideo Limitada contra Corporación de Acero Marco y Eliécer Sredni y Compañía, Corpacero.

El recurso

1. Dentro de la oportunidad legal Corpacero, con apoyo en la primera causal de revisión contemplada en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, formuló el recurso de revisión en estudio, con el fin de obtener que se invalide el referido fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, para en su lugar casar la sentencia dictada en el proceso mencionado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de diciembre de 1977, en su lugar, ya como juzgador de instancia, se confirme la de primer grado que denegó las súplicas de la demanda y absolvió a la sociedad demandada.

2. Para fundamentar su recurso, la parte impugnante y demandada en el proceso ordinario ya citado, afirmó, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Por Escritura 4853 de 1970 de la Notaría Quinta de Bogotá, Urbanización Montevideo, vendió a Corpacero un terreno ubicado en esta ciudad, con extensión superficial de 23 hectá-

reas aproximadamente, comprendido dentro de los linderos especificados en dicha escritura, en donde se estipuló como precio la cantidad de \$ 4.391.268.00 que la sociedad compradora pagó a satisfacción dentro del plazo acordado;

b) En la cláusula 7ª de la escritura de venta las partes convinieron: “respecto de la calle 17 en el sector comprendido entre el eje de la carrera 68D y el lindero con terrenos que sólo fueron de Inversiones San Pablo Limitada, por venta que de ellos le hizo Urbarizadora De Francisco S. A., se hace el siguiente convenio de obras: la totalidad de las obras que en esta exige el Distrito Especial de Bogotá, tales como colectores, alcantarillados, redes telefónicas, redes eléctricas, 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 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 presupuestos en la forma dicha se escogerá el menos costoso y las obras se iniciarán a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la escogencia, que se hará dentro de los 15 días y deberán adelantarse sin solución de continuidad a un ritmo acelerado. Para efectos del pago de la cuota que le corresponde 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 17 que atañe al globo de terreno materia de este contrato serán de cuenta de Corpacero, ya que la venta se hace en bruto”;

c) Alegando incumplimiento de Corpacero respecto de la cláusula anterior, Urbanización Montevideo le entabló proceso ordinario ante el Juzgado Quince Civil de este circuito, con el fin de obtener se declarase resuelto el contrato contenido en la referida Escritura 4853, se decretasen las respectivas prestaciones mutuas y se condenase a Corpacero al pago de perjuicios, proceso que tramitado con oposición de la parte demandada, recibió sentencia absolutoria del Juzgado el 1º de octubre de 1976, que declaró probada la excepción de contrato no cumplido alegada por Corpacero, y apelada esta decisión por el demandante, el Tribunal de Bogotá la revocó mediante fallo del 9 de diciembre de 1977 y en su lugar declaró resuelto el mencionado contrato de compraventa por incumplimiento de Corpacero, e hizo los pronunciamientos consecuenciales;

d) Recurrída en Casación la sentencia del Tribunal por parte de Corpacero, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 29 de noviembre de 1978 que vino a quedar ejecutoriado el 14 de enero de 1979, no casó la sentencia recurrida;

e) Con posterioridad al fallo de la Corte, Corpacero tuvo conocimiento, al corrérsele traslado de la solicitud sobre liquidación de perjuicios presentada el 21 de junio de 1979 por la demandante, de la existencia de los siguientes hechos alegados en esta ocasión por Urbanización Montevideo Limitada;

f) Por Escritura 3840 de 28 de diciembre de 1963, de la Notaría Sexta de Bogotá, Montevideo Limitada transfirió a Marta Salgar de Bermúdez a título de venta, el derecho de dominio sobre el globo de terreno distinguido como Manzana N de la Urbanización Montevideo, con 26.105 varas cuadradas, que en el plano de dicha urbanización se encuentra marcado con el número 16;

g) En la cláusula 5ª de ese instrumento se estipuló "que la sociedad vendedora (Urbanización Montevideo Limitada) se obliga a construir por su cuenta las siguientes obras de urbanización correspondientes a las calles y carreras que rodean la manzana objeto de este contrato, andenes, calzadas de las calles pavimentadas, redes de acueducto, energía eléctrica, alcantarillado separado para aguas lluvias y para aguas negras, ductos telefónicos y sardineles, dejando los espacios para zonas verdes, todas estas obras como están proyectadas en los planos de la urbanización, dentro del plazo de 30 meses contados a partir de la fecha de este instrumento";

h) Las calles y carreras que rodean la manzana N o manzana 16 de la citada urbanización, son la calle 17 entre carreras 68D y 69, y las carreras 68D y 69 entre calles 16 y 17;

i) En la liquidación de la sociedad conyugal formada entre Alfonso Bermúdez Valenzuela y Marta Salgar de Bermúdez (compradora de la manzana N precitada), según aparece en la Escritura 229 de 1973 de la Notaría Sexta de Bogotá, le adjudicaron a aquél el derecho de dominio sobre tres globos de terreno que forman parte de la manzana N de la Urbanización Montevideo, compuestos por los lotes números 1, 2, y 8 a 15 de la citada manzana;

j) Alfonso Bermúdez Valenzuela, por Escritura 6330 de 1973 de la Notaría Sexta de Bogotá, aportó a la Sociedad Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía S. en C., los lotes 1, 2, 8 y 12 de la manzana N o 16;

k) Habiendo vencido el 27 de junio de 1966, el plazo de 30 meses que se le concedió a Urbanización Montevideo Limitada para llevar a cabo las obras de urbanización a que se refiere la cláusula 5ª de la Escritura 3840 ya mencionada, sin que lo hubiera hecho, Alfonso Bermúdez Valenzuela y la Sociedad Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía S. en C., promovieron demanda ejecutiva contra Urbanización Montevideo Limitada en el Juzgado Sexto Civil de este circuito, con el fin de que se le ordenase construir por su cuenta tales obras, dentro del plazo que el juzgado señalará, en las calles que rodean la Urbanización, esto es, la calle 17 entre carreras 68D y 69, y las carreras 68D y 69 entre calles 16 y 17, y pagarles los perjuicios que se estimaron bajo juramento;

l) En la diligencia de inspección judicial practicada en el referido proceso de ejecución el 4 de agosto de 1975, se estableció que "no existen obras de urbanismo de ninguna clase sobre la calle 17", y en el curso de la misma manifestó el apoderado de Urbanización Montevideo Limitada que las obras de la calle 17 "evidentemente no se han hecho por motivos completamente ajenos a la voluntad de la sociedad vendedora, estos hechos y las posibles dificultades que pudiera tener la iniciación y conclusión de las obras de la calle 17 fueron tenidos en cuenta por el demandante y por el demandado en el presente juicio y ésta fue una de las razones que se tuvo en cuenta para pactar un precio de venta bastante ventajoso a favor de la sociedad demandante";

m) En el interrogatorio que absolvió el Gerente de Urbanización Montevideo Limitada en dicho proceso el 8 de agosto de 1975, al preguntársele "si el doctor Alfonso Bermúdez, desde el año de 1966 se ha venido dirigiendo a usted en forma permanente para solicitarle la terminación de las obras de urbanismo correspondiente a los lotes que integran la manzana 16 de la urbanización y, en especial, las referentes a la calle 17 entre carreras 68D y 69", en forma evasiva contestó: "hasta donde recuerdo en el año de 1966 no había sido nombrado aún Gerente de Urbanización Montevideo Limitada. En cuanto a la construcción de las obras de la manzana actual 16 nunca he tenido requerimiento alguno del doctor Bermúdez, respecto a las carreras 69 y 68D ni a la calle 16. Sí he conversado con el doctor Bermúdez, quien me ha expuesto su deseo y las razones por las cuales desea se terminen completamente las obras de la Calle 17";

n) Los peritos Idárraga y Ortiz expresaron en su informe rendido al Juez Sexto Civil de este Circuito en el proceso mencionado: "de conformidad con la cláusula apuntada (5ª de la Escritura 3860 a que se hizo referencia), es un hecho evidente que la sociedad demandada incumplió el contrato desde el año de 1966, año en que debía entregar la sociedad demandada a la sociedad demandante todas las obras de urbanismo correspondientes a la calle 17 entre carreras 68D y 69, y carreras 68D y 69 y calle 16 entre las citadas carreras", y que aún continúa incumplido;

o) Habiendo librado el juzgado la orden de pago impetrada por Bermúdez y Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía, y estando tramitándose el proceso, demandantes y demandada pidieron al juzgado dar por terminada la ejecución en virtud de transacción suscrita el 14 de septiembre de 1978, en la cual al hacerse el recuento de los antecedentes del litigio y luego de transcribirse la cláusula 5ª de la Escritura 3840 de 1963, se hace especial hincapié en el hecho de que "el 27 de junio de 1966 venció el término de 30 meses que se estipuló para que la Sociedad Urbanización Montevideo Limitada acabe las obras de urbanismo en la Urbanización Montevideo ... y en esta fecha aún no se han construido completamente las obras en cuestión en las carreras 68D y 69 entre las calles 16 y 17 y en la calle 17 ni siquiera se han iniciado";

p) En dicho contrato de transacción Urbanización Montevideo Limitada se obligó a pagar a los demandantes la cantidad de \$ 1.200.000.00

"a título de indemnización de perjuicios y prestaciones" por el incumplimiento de la obligación de hacer que asumió en la cláusula 5ª precitada;

q) Urbanización Montevideo Limitada, a sabiendas: de que se había obligado, por medio de la Escritura 3840 de 1963 de la Notaría Sexta de Bogotá, a construir por su cuenta las obras de urbanización correspondientes a las calles y carreras que rodean la manzana N o Manzana 16, entre las cuales estaba la calle 17 entre carreras 68D y 69; de que en el término de 30 meses estipulados en ese instrumento o para la realización de las obras mencionadas, no pudo llevarlas a cabo "por motivos completamente ajenos a la voluntad de la sociedad vendedora"; de que precisamente en atención a las "dificultades que pudiera tener la iniciación y conclusión de las obras de la calle 17" las partes acordaron un precio ventajoso para la compradora, tal como aparece de la confesión del Gerente de la Urbanización a que se aludió en el numeral 9º; y de que era realmente imposible llevar a cabo tales obras por motivos conocidos por la urbanización, ajenos a su voluntad, logró que Corpacero ignorante de tales circunstancias, asumiera la obligación de construir las obras de la calle 17 entre la carrera 68D y el lindero con terrenos de Inversiones San Pablo Limitada, por iguales partes con la urbanización, tal como se expresa en la cláusula 7ª de la Escritura 4853 del 3 de septiembre de 1970 de la Notaría Quinta de Bogotá;

r) Dolosamente y con mala fe Urbanización Montevideo le ocultó a Corpacero, al otorgar la Escritura 4853 precitada, que 7 años atrás se había obligado a construir las obras de la calle 17 y que aún no había podido llevarlas a cabo "por motivos completamente ajenos a su voluntad" y que existían dificultades para la iniciación y conclusión de tales obras;

s) Es obvio que, de haber tenido conocimiento Corpacero de la existencia de estos hechos, no se habría obligado a construir las obras de la calle 17 por partes iguales con la sociedad vendedora, pues era de sentido común suponer que si ésta no pudo llevarlas a cabo después de 7 años, a pesar de la voluntad que tuvo de cumplir, era porque existían motivos poderosos que se lo impidieron, dificultades que no pudo superar para iniciarlas y en atención a las cuales se pactó un precio ventajoso para la compradora en la Escritura 3840 de 28 de diciembre de 1963. Y que si, a pesar de ser experta concedora de los trámites y requisitos que deben cumplirse para la iniciación de las obras, no pudo la urbanización

comenzarlas, mucho menos podía lograrlo Corpacero, cuya actividad era y es muy distinta de la de urbanizar. De esta suerte el silencio que "adrede y dolosamente" guardó Urbanización Montevideo Limitada al no poner en conocimiento de Corpacero los hechos anteriores, fue el motivo determinante para que esta se obligara a construir por iguales partes con ella, las obras de la calle 17, y tan sólo a mediados de 1979 Corpacero tuvo conocimiento de la existencia de tales hechos, por haberlos alegado la urbanización como fundamento de la liquidación de perjuicios presentada por ella en el juzgado, en obediencia a lo resuelto por el Tribunal y a lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. De lo contrario habría continuado ignorándolos;

t) Es evidente que Corpacero se hallaba totalmente imposibilitada para aportar al proceso ordinario que le promovió la urbanización los documentos que acreditarían tales hechos debido a que ignoraba de modo absoluto la existencia de aquéllos y a la conducta dolosa de la urbanización al no haber revelado la existencia de esos documentos, sino después de terminado el proceso ordinario, hechos estos constitutivos realmente de fuerza mayor para Corpacero;

u) De haber tenido conocimiento Corpacero de tales documentos antes de la iniciación del proceso que le entabló Montevideo, los habría aportado con el fin de impedir la resolución del contrato de compraventa recogido en la Escritura 4853 ya mencionada, alegando como excepción la nulidad de la referida estipulación con fundamento en que no estaba obligada a cumplir una obligación que había sido fruto del dolo y de la mala fe de la sociedad vendedora, según se dejó visto en los numerales anteriores;

v) Estos documentos le habrían servido, así mismo, para demostrar la imposibilidad en que estuvo para cumplir, puesto que si la urbanización no pudo construir las obras de la calle 17 en 7 años, por motivos ajenos a su voluntad y por las dificultades que había previsto para su iniciación mucho menos podía Corpacero llevarlas a cabo. Se trataba de un verdadero caso de fuerza mayor como ya se dijo y significa lo dicho que, de haber obrado en el proceso tales documentos, la decisión habría sido distinta a la proferida por el Tribunal, desde luego que ya fuera por virtud de la nulidad de la estipulación obtenida mediante el dolo y mala fe de la sociedad vendedora, o porque el incumplimiento de la obligación en ella impuesta a Corpacero obedeció

a fuerza mayor, el fallo habría tenido que ser absolutorio, y

w) No han transcurrido 2 años entre el día de la ejecutoria de la sentencia de la Corte y la presentación del recurso de revisión en estudio.

3. La recurrente solicitó y obtuvo el registro de la demanda, la citación de Urbanización Montevideo Limitada y la práctica de varias pruebas, que en su oportunidad fueron evacuadas.

4. Urbanización Montevideo Limitada desconoció el traslado del recurso en cuestión que se le hizo y, en términos generales, le dio respuesta en el sentido de oponerse a las pretensiones de la recurrente, las que consideró como un simple pretexto para demorar la ejecución de la sentencia de la Corte y, especialmente, hizo hincapié en las siguientes circunstancias fácticas:

Que si bien es cierto que el 27 de junio de 1966 se venció el plazo de 30 meses que se le había concedido a Urbanización Montevideo Limitada para llevar a cabo y terminar las obras de urbanización a que se refiere la cláusula 5ª de la Escritura 3840 de 1963, por la cual le vendió a Marta Salgar de Bermúdez un globo de terreno, para esa fecha las obras de urbanismo en las carreras 68D y 69 entre calles 16 y 17, y en la calle 16, se habían construido aun cuando no estaban concluidas, como expresamente lo dice el contrato de transacción aportado por la recurrente y celebrado entre Urbanización Montevideo Limitada y Alfonso Bermúdez Valenzuela y Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía S. en C., pues en dicho contrato se menciona, en cuanto a las obras de urbanismo a cargo de Urbanización Montevideo Limitada, que aún en esta fecha no se han concluido las obras en cuestión entre las carreras 68D y 69 entre calles 16 y 17, lo que implica que estaban bastante adelantadas. Y que en cuanto a la calle 17 ni siquiera se habían iniciado, razón por la cual Alfonso Bermúdez y la Sociedad Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía S. en C., entablaron el proceso ejecutivo del caso ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito.

Agrega el opositor que la demanda ejecutiva en referencia fue presentada el 20 de marzo de 1975 y el mandamiento de pago le fue notificado a Urbanización Montevideo Limitada el 20 de junio del mismo año, y que ese proceso ejecutivo tuvo lugar por la no realización de las obras de la calle 17, que precisamente debía construirlas Corpacero, conforme al compromiso adquirido en la cláusula 7ª, de la Escritura 4853 de 1970 de la Notaría Quinta de Bogotá.

Y menciona que la demanda ordinaria de Montevideo contra Corpacero fue presentada el 15 de noviembre de 1973, o sea casi dos años antes, lo cual implica que Montevideo no tenía, ni podía tener conocimiento en 1973, de la demanda ejecutiva que se le iniciaría dos años más tarde.

Manifiesta igualmente que si no existían las obras de urbanismo en la calle 17 para ese entonces, fue precisamente porque Corpacero, incumpliendo el contrato con Montevideo, no las había iniciado, y al referirse a las frases expresadas por el apoderado de Urbanización Montevideo Limitada dentro de la diligencia de inspección judicial relativa a las obras de la calle 17, por ser el mismo apoderado el que pronunció en esa ocasión esas palabras y el que ahora representa a Urbanización Montevideo Limitada oponiéndose al presente recurso de revisión, aclara que cuando dijo que las obras no se habían hecho por motivos completamente ajenos a la voluntad de la sociedad vendedora, "estaba expresando algo que está completamente probado dentro del proceso ordinario de mi representada contra Corpacero y que consiste en el incumplimiento de esta sociedad en la ejecución de las obras en la forma en que se había obligado. Si las hubiera iniciado en diciembre de 1970, según lo pactado, y concluido en un término razonable, ni siquiera se habría iniciado el proceso ejecutivo por parte de Alfonso Bermúdez y Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía S. en C. contra Urbanización Montevideo Limitada. Es, pues, ajeno a la voluntad de mi representada que Corpacero hubiera incumplido sus compromisos. "Y cuando dije 'las dificultades que pudiera tener la iniciación y conclusión de las obras de la calle 17' me estaba refiriendo a que estas obras son costosas. Por no tener Urbanización Montevideo Limitada el dinero suficiente para hacerlas, se vio precisada a vender a Corpacero, que sí tenía dinero suficiente para hacerlas, un lote bastante grande a un precio reducidísimo de \$ 4.391.268.00, para poder terminar dicha obra, cuyo costo sería pagado por partes iguales entre Urbanización Montevideo Limitada y Corpacero, en los términos estipulados en la cláusula 7ª de la Escritura 4853 de 3 de septiembre de 1970 de la Notaría Quinta de Bogotá".

Advierte que Corpacero y sus socios son catalogados en la opinión general como unas de las personas más acaudaladas de Colombia, y esta fue la razón principal que movió a Montevideo para vender el predio y con el precio recibido por él, poder concluir todas las obras de la urbanización.

Niega que hubiera sido evasiva la respuesta del Gerente de Montevideo al interrogatorio de parte que se le formuló en el ejecutivo, pues en 1966 el declarante no era Gerente de la sociedad ejecutada y en cuanto a conversaciones con el doctor Bermúdez, éste le había expuesto su deseo de que se terminaran completamente las obras, circunstancia que por demás fue puesta en conocimiento de Corpacero al presentar Urbanización Montevideo Limitada, con su demanda, el original de la carta que el abogado del doctor Alfonso Bermúdez le había dirigido reclamando por la terminación de las obras en cuestión, de manera que Corpacero no puede negar que desde cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda ya tuvo conocimiento de las reclamaciones del doctor Alfonso Bermúdez.

Pone de manifiesto que el recurrente omite la respuesta a la 5ª pregunta que se le formuló al Gerente de Montevideo Limitada en el ejecutivo de la referencia, pregunta en donde expresan los ejecutantes que si cuando dicho Gerente asumió las ventas de lotes en la Urbanización Montevideo Limitada estaban construidas las obras de urbanismo correspondientes a la carrera 68D y 69 entre calles 16 y 17, a lo cual contestó el mencionado Gerente que "sí estaban construidas, faltando únicamente los empates con la calle 17, que ya se concluyeron".

Insiste, respecto de la transacción en el ejecutivo de la referencia, que se trata del ejercicio de un derecho perfectamente legal y que la transacción dentro de un proceso ejecutivo diferente no tiene relación alguna, directa ni indirecta, con el proceso ordinario, cuya sentencia se ha solicitado revisar, no sin advertir que no es cierto que las obras de urbanismo de la calle 17 fueran imposibles de llevar a cabo por motivos conocidos de la urbanización e ignorados por Corpacero, pues simplemente ocurrió que Montevideo no tenía en ese momento el dinero suficiente para construir las obras, por lo cual vendió a Corpacero el lote de terreno mencionado en la Escritura 4853, "pero con el expreso compromiso por parte de Corpacero de construir las obras de la calle 17", razón por la cual se señaló un precio de venta inferior al real y no existía inconveniente técnico alguno para construirlas y Corpacero así lo sabía, pues su representante legal, que ahora alega ignorancia, tenía pleno conocimiento de la reglamentación del Distrito Especial de Bogotá, y aceptó tal reglamentación en forma expresa, como consta en la cláusula 8ª de la referida escritura, que textualmente dice: "8ª: Corpacero declara conocer la reglamenta-

ción del Distrito Especial de Bogotá y la aceptación", cláusula que impide que Corpacero alegue ignorancia de la reglamentación del Distrito sobre el particular, sin que sea aceptable, como lo pretende el recurrente, que al momento de efectuarse la venta de Urbanización Montevideo Limitada a Corpacero hubiera existido dolo de la primera porque las obras fueron imposibles de realizar, pues de ser así no se explicaría que Montevideo hubiera efectuado contrato de venta y también contrato de construcción de las obras, siendo así que éstas serían imposibles de ejecutar por razones técnicas.

Además, dice el opositor que este mismo punto de vista fue la base central de la defensa de Corpacero en el proceso ordinario, cuya sentencia se quiere revisar, lo cual ya fue debatido y analizado ampliamente al dictar las sentencias de segunda instancia y de casación, tal como aparece en el expediente respectivo, especialmente de la respuesta de Corpacero a los hechos 6, 10, 16 y 17 de la demanda (folios 141 y siguientes del cuaderno principal), tesis que también fue planteada en la demanda de casación ante la Corte Suprema de Justicia (folio 14 del cuaderno de la Corte Suprema en el proceso ordinario).

Y en cuanto a que Corpacero no tuviera experiencia en negocios de construcción, el opositor pone de presente que en el Certificado de la Cámara de Comercio acompañado al proceso ordinario como prueba de la existencia y personería de dicha sociedad, se lee textualmente: "qué por un error en el extracto de la escritura en el aporte del señor Eliécer Sredni la suma de \$ 752.917.24 en la otra mitad del costo de las construcciones efectuadas hasta la presente fecha en el lote citado", con lo cual queda demostrado que Corpacero sí tenía experiencia en el negocio de urbanización y construcción, y que no es admisible que ahora alegue total ignorancia al respecto.

Y por último, el opositor menciona que no es cierto que urbanización Montevideo Limitada le hubiera ocultado a Corpacero lo relativo a las reclamaciones del doctor Alfonso Bermúdez Valenzuela, pues con la demanda acompañó cartas del doctor Leopoldo Uprimy y de Cuéllar Serrano Gómez y Compañía, en donde se hace referencia a la urgente necesidad de atender a los reclamos del doctor Bermúdez y de su sociedad administradora, todo lo cual desvanece la imputación de la recurrente de que Montevideo hubiera procedido con dolo u ocultamientos sobre el particular.

Debe notarse que la opositora solicitó la práctica de algunas pruebas que fueron evacuadas cabalmente y cuyo análisis, lo mismo que las del recurrente, se efectuará en su debida oportunidad.

La causal primera de revisión

1. *No es el recurso extraordinario de revisión un nuevo sendero que la ley permita recorrer para lograr la corrección de errores probatorios, pues no está abierto para que quien omitió, por incuria o ignorancia, el aporte de una prueba determinada, pueda hacerlo "a posteriori", pues de ser así se atentaría definitivamente contra la autoridad de que están revestidas las sentencias en firme y que las hace intocables, y ninguna solidez tendría la presunción de verdad judicial que las cobija.*

Además, ello implicaría una inadmisibile duplicidad de jurisdicción en forma tal que las partes podrían invocar más de una vez y mediante una misma acción, la actividad jurisdiccional del Estado en orden a la tutela de una voluntad de la ley.

Si toda sentencia pudiera ser impugnada por la vía extraordinaria del recurso de revisión siempre que, después de pronunciada, se encontrase una prueba documental que sirviera para fundar una decisión diferente a la ya pronunciada, desaparecería el principio de la cosa juzgada, lo que se traduciría en notoria inseguridad jurídica.

De ahí la razón para que el legislador, tratándose de la causal primera, haya limitado la viabilidad del recurso a los eventos en que el recurrente no pudo aportar esa prueba instrumental exclusivamente "por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

Si el documento no se adujo porque simplemente no se había averiguado dónde reposaba, o porque no se pidió su aporte en ninguna de las oportunidades señaladas por la ley procedimental para poder valorar su mérito de convicción, en tales circunstancias el hecho de que, con posterioridad al fallo, se encuentre un documento que hubiera podido hacer variar la decisión combatida, no es suficiente por sí solo para sustentar el recurso extraordinario de revisión.

Si el recurrente no demuestra, pues a él corresponde la carga probatoria sobre el particular, que fue caso fortuito u obra de su adversario lo que impidió aportar la prueba documental al proceso, inexorablemente su recurso está llamado a fracasar.

Estas nociones básicas de la causal primera de revisión, invocada en el presente caso, fluyen fácilmente del texto mismo del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, que al respecto prevé: "1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

De ahí que para que la causal primera de revisión se configure, sea menester probar:

a) Que el recurrente encontró, después de pronunciada la sentencia que es materia de revisión, una prueba de linaje documental;

b) Que el documento, revista per se un poder tal de convicción que si él hubiera obrado en el proceso la decisión hubiera sido diferente a la recurrida;

c) Que "por fuerza mayor o caso fortuito" o por obra del contrincante se hubiera hecho imposible el aporte de esa prueba documental.

2. Ahora bien: la prueba eficaz en revisión no puede haberse configurado con posterioridad al fallo que se pretende revisar, sino que debe tener existencia desde el momento mismo en que se entabla la demanda del proceso cuya sentencia se revisa, o al menos desde el vencimiento de su última oportunidad procesal para aducir pruebas, pues no se trata de mejorar una prueba o de producir otra con posterioridad a dicha sentencia, ya que de ser así nunca habría cosa juzgada.

Y en cuanto a que no hubiera podido aducirse por obra, o mejor maniobra, de la parte contraria, ello implica dos elementos: la existencia del documento que hubiera podido servir de prueba en poder de esa parte durante o antes de la tramitación del proceso revisado, y la intervención de dicha parte en la retención del mismo.

Delineados en esta forma los principios básicos de la causal de revisión en estudio, por demás aceptados jurisprudencialmente por la Corte (CXLVII, 141 a 143), se procede a analizar en concreto los fundamentos fácticos de la revisión formulada por Corpacero.

Los hechos constitutivos de la causal de revisión en estudio y el análisis probatorio del recurso

1. Básicamente, el recurrente estriba su impugnación afirmando que no pudo aportar al proceso ordinario que Urbanización Montevideo

Limitada le entabló, los documentos que acreditan los motivos determinantes para que Corpacero se hubiera obligado a construir, por iguales partes con Montevideo, las obras de la calle 17, todo debido a conducta dolosa de esta última derivada de no haber revelado la existencia de dichos documentos, sino después de terminado el proceso ordinario en referencia, lo que constituye fuerza mayor para Corpacero (hechos 10, 12 y 14 de la demanda sustentatoria del recurso, folio 77, cuaderno principal).

2. En la forma relatada el recurrente involucra las dos condiciones que prevé el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil para que la prueba documental que habría variado la decisión que se revisa no hubiera podido ser aportada al proceso:

- a) Por fuerza mayor o caso fortuito, y
- b) Por obra de la parte contraria.

3. Los documentos a que alude el censor y hasta donde lo permite la interpretación de su solicitud de revisión, consisten básicamente en: la Escritura 3840 de 28 de diciembre de 1963 de la Notaría Sexta de Bogotá, por la cual Urbanización Montevideo Limitada transfirió a Marta Salgar de Bermúdez, a título de venta, el derecho de dominio sobre la manzana número 16 de la Urbanización Montevideo, y en especial la cláusula 5ª de tal escritura en donde se estipuló que la vendedora quedaba obligada a construir por su cuenta varias obras de urbanización correspondientes a las calles y carreras que rodean la manzana objeto de dicho contrato, dentro del plazo de 30 meses, contados a partir de la fecha de tal instrumento; la Escritura 229 del 25 de enero de 1973 de la Notaría Sexta de Bogotá, mediante la cual se protocolizó la liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad conyugal que existió entre Alfonso Bermúdez Valenzuela y Marta Salgar de Bermúdez, en virtud de la cual le adjudicaron al primero de los nombrados varios lotes de terreno de la citada manzana; la Escritura 6330 del 24 de agosto de 1973 de la Notaría Sexta de Bogotá, mediante la cual Bermúdez traspasó a la Sociedad Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía S. en C., varios de los lotes que le habían sido adjudicados en la referida liquidación de la sociedad conyugal; la demanda ejecutiva que Bermúdez y la Sociedad Administradora ya citada, promovieron contra Urbanización Montevideo Limitada ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá a fin de obtener la construcción, por cuenta de la sociedad ejecutada, de las obras en cues-

tión dentro del plazo que el juzgado señalare, en las calles que rodean la urbanización, esto es la calle 17 entre carreras 68D y 69 y las carreras 68D y 69 entre calles 16 y 17; la diligencia de inspección judicial practicada en tal proceso ejecutivo el 4 de agosto de 1975, en donde el apoderado de Urbanización Montevideo Limitada manifestó que “evidentemente no se han hecho por motivos completamente ajenos a la voluntad de la sociedad vendedora; estos hechos y las posibles dificultades que pudiera tener la iniciación y conclusión de las obras de la calle 17 fueron tenidos en cuenta tanto por el demandante como por el demandado en el presente juicio y esta fue una de las razones que se tuvo en cuenta para pactar un precio de venta bastante ventajoso a favor de la sociedad demandante”; y otras piezas del mismo proceso ejecutivo, tales como el interrogatorio absuelto por el Gerente de Urbanización Montevideo Limitada, y el dictamen de los peritos Idárraga y Ortiz, el mandamiento de pago librado por el juzgado del conocimiento, y el contrato de transacción suscrito entre los ejecutantes y la sociedad ejecutada el 14 de septiembre de 1978.

4. De entrada valga anotar que la demanda ordinaria que Urbanización Montevideo Limitada entabló contra Corpacero ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, fue presentada el 15 de noviembre de 1973 (folio 93, cuaderno 1º), de manera que de los documentos enunciados, todos los relativos al proceso ejecutivo que Alfonso Bermúdez Valenzuela y la Sociedad Administradora de Inversiones Bermúdez y Compañía S. en C. entablaron contra Urbanización Montevideo Limitada, son posteriores a dicha demanda, pues tal proceso ejecutivo se inició únicamente el 20 de marzo de 1975 (folio 1 vuelto, cuaderno 2º de la Corte), y además para esta fecha ya estaba vencido el período probatorio en el proceso ordinario que se pretende revisar, tal como aparece de los autos dictados por el juzgado el 18 de marzo y el 25 de abril de 1975, confirmatorio del anterior (folios 149 y 150 vuelto del cuaderno 1).

De manera que mal puede hablarse de que Montevideo hubiera ocultado a Corpacero en el momento de celebrar entre estas dos sociedades el contrato de compraventa y de construcción de obras que dio origen al litigio, contenido en la Escritura 4853 del 3 de septiembre de 1970 de la Notaría Quinta de Bogotá, la existencia de una demanda ejecutiva y de unas actuaciones sucedidas a consecuencia de la misma, que apenas vino a entablarse casi cinco años después.

Y sea de paso anotar que con la demanda de resolución de dicho contrato que Urbanización Montevideo Limitada formuló con todo éxito contra Corpacero, se acompañaron dos documentos de suficiente importancia como para desvirtuar la acusación que en este recurso de revisión la segunda de dichas sociedades formula a la primera, consistente en que en forma dolosa ocultó lo relativo a sus relaciones contractuales con Alfonso Bermúdez Valenzuela y con la Sociedad Administradora Bermúdez y Compañía S. en C., pues en el expediente contentivo del proceso original y como documentos acompañados con la demanda, obran las siguientes cartas:

a) La del 5 de abril de 1973, dirigida por el abogado Leopoldo Uprimny al Gerente de Montevideo, en donde le solicita una entrevista para tratarle problemas surgidos de una parte entre Alfonso Bermúdez Valenzuela y su esposa, y de otra, la de Urbanización Montevideo, y

b) La del 15 de noviembre de 1972, dirigida por Cuéllar Serrano Gómez y Salazar Limitada al Gerente de Montevideo, en donde se habla de que varios compradores de lotes en la urbanización se han dirigido a Cuéllar Serrano Gómez y Salazar Limitada exigiendo la terminación de las obras correspondientes a la calle 17, pues consideran que están sufriendo graves perjuicios, pide a la urbanización que especialmente se ponga en contacto con los compradores Camilo y Alfonso Bermúdez (folios 25 y 34 del cuaderno principal del proceso ordinario).

Estas cartas, que forman parte de la demanda ordinaria en referencia y de las cuales se corrió traslado a Corpacero, ponen de presente que al entablarse dicho pleito, Montevideo en vez de ocultar dolosamente como lo pretende Corpacero la existencia de los reclamos de Alfonso Bermúdez y de su Sociedad Administradora de Inversiones los puso de presente en forma tal que en modo alguno cabe alegar fuerza mayor o caso fortuito, ni menos aún obra de la parte contraria, para que Corpacero hubiera quedado a oscuras y ajena a la existencia de tales reclamos, pues inclusive hubiera podido averiguar con Bermúdez en qué consistían y de dónde se derivaban.

Al efecto, sea oportuno recordar, según lo tiene establecido la Corte, que la fuerza mayor o el caso fortuito, conceptos por demás equivalentes, implican que hayan generado para el deudor una *imposibilidad* de cumplimiento, no una simple *dificultad*.

Y valga lo dicho por la Corte en el proceso de revisión de Martiniano Llanos Hernández contra

Abel Muñoz, en donde el primero alegó que para aportar la prueba del matrimonio de Margarita Rivera y por no saber en donde se hallaba su registro, hubiera tenido que buscarla en todas "las notarias o alcaldías de Colombia o en las embajadas y demás oficinas del mundo entero", afirmación que inútilmente —dijo la Corte—, tiende a demostrar la imposibilidad del aporte de la partida y que entraña solamente una *dificultad*, así ella se manifieste grande, más no una verdadera *imposibilidad*".

5. De manera, que además de que en el trámite del recurso no aparece prueba alguna encaminada a demostrar la fuerza mayor o el caso fortuito alegado, o sea la verdadera imposibilidad de conocer los contratos relativos a Alfonso Bermúdez Valenzuela, efectuados con anterioridad a la demanda ordinaria de Montevideo Limitada y con anterioridad al contrato, pues no existía dificultad alguna para Corpacero, máxime conociendo las cartas en cuestión cuando se le corrió traslado de la demanda, hubiera indagado con Bermúdez y con los demás compradores de lotes de terreno de la urbanización sobre las causas por las cuales estaban reclamando ahincadamente la construcción de las obras de la calle 17. Y además, si ya en el curso del proceso ejecutivo entablado en 1975, o sea casi dos años después de presentada la demanda ordinaria en cuestión, el apoderado de Montevideo Limitada manifestó que por motivos completamente ajenos a la voluntad de la sociedad vendedora no se habían realizado las obras de la calle 17, el mismo apoderado ha explicado, sin prueba en contrario, que esas dificultades eran de carácter económico y que precisamente obedecían a que Corpacero no había cumplido con los pasos oportunos y pertinentes para la construcción de tales obras en la forma en que se había obligado en la cláusula 8ª de la escritura de compraventa celebrada 5 años atrás, o sea en 1970.

6. En cuanto a las afirmaciones que trae el recurrente de que Corpacero fue sorprendida en su buena fe y en virtud de engaños y maniobras dolosas de su contraparte, y así vino a quedar obligada contractualmente a ejecutar las obras de la calle 17, no sólo le hubiera correspondido al recurrente la demostración de dichas maniobras dolosas o engañosas, toda vez que la buena fe se presume salvo prueba en contrario, sino que es inexplicable que una sociedad comercial como Corpacero, que existe desde 1961 y con un capital inicial de \$ 8.000.000,00, constituido entre otros bienes por el aporte de la "otra mitad del costo de las construcciones efectuadas hasta la pre-

sente fecha en el lote citado", o sea el lote de terreno "ubicado en la urbanización 'Urizama' de Bogotá" (certificado de la Cámara de Comercio a folio 12 del cuaderno principal del proceso y escritura de construcción de la misma sociedad, folios 156 a 165, cuaderno 1 de la Corte), hubiera caído ingenuamente en un engaño como el que pretende haber sido su víctima, máxime si en la cláusula 8ª de la escritura de compraventa y de construcción de obras expresamente se encargó de ejecutarlas, reteniendo para ello parte del precio que debía pagar a la vendedora Urbanización Montevideo Limitada, y declarando "conocer la reglamentación del Distrito Especial de Bogotá" y aceptarla, manifestaciones que en el peor de los casos y en el supuesto planteado por el recurrente de que Corpacero es ajena al negocio de urbanizaciones, configurarían a lo sumo una imprevisión o una ingenuidad bastante culpable, pero en modo alguno serían producto de dolo o maniobra engañosa de Urbanización Montevideo Limitada, actitudes estas últimas cuya prueba para así calificarlas, está ausente del proceso.

7. No deja, por otra parte, de observarse que el Gerente de Corpacero, Marco Sredni, al absolver el interrogatorio de parte que le fue solicitado por la opositora en el trámite de esta revisión, en forma por decir lo menos evasiva manifestó no recordar las cartas del 19 de febrero de 1971, dirigida por Corpacero a Montevideo, y del 24 del mismo mes de Montevideo a Corpacero, diciendo respecto de la primera que no la recuerda aun cuando fácilmente se ve que está firmada por él (folio 29, cuaderno principal del proceso); y de la segunda que no ha recibido (folio 30 del mismo cuaderno), no obstante que su propio apoderado al contestar la demanda ordinaria refiriéndose a estas dos cartas y al hecho de haberlas cruzado las partes, respondió expresamente ser ello cierto (folio 140 vuelto del mismo cuaderno), actitud que no deja de tener en cuenta la Corte para valorar en conjunto las pruebas en que ha fundamentado la decisión de este recurso extraordinario.

Y al seguir con el interrogatorio de parte de Sredni (folios 5 y 6, cuaderno 3 de la Corte), igual actitud muestra el mismo representante legal de la recurrente al responder que no conoce la carta del doctor Leopoldo Uprimny del 5 de abril de 1973, en donde dicho abogado reclama de Urbanización Montevideo y a nombre de Alfonso Bermúdez, por la no realización de las obras de la calle 17, aun cuando dicha carta formaba parte de los documentos acompañados con

la demanda ordinaria, de la cual se dio traslado al declarante y ante la tercera amonestación del Magistrado ponente para que diera una clara respuesta, simplemente se limitó a decir que el proceso en cuestión "fue manejado por mis abogados y por consiguiente ignoro si esa carta que se me ha puesto de presente se acompañó como prueba a dicho proceso".

Esta actitud, se repite, es implicativa de una conducta procesal ciertamente elusiva.

8. Y en cuanto al interrogatorio de parte que absolvió el Gerente de Urbanización Montevideo Limitada (folios 3 a 5 del cuaderno 2 de la Corte), de él no se desprende en modo alguno que dicha sociedad hubiera obrado en forma dolosa al contratar con Corpacero la ejecución de las obras de la calle 17, pues precisamente y como lo cuenta la escritura de compraventa y construcción de obras en referencia, para esa época tales obras no habían sido construidas y las dificultades de Montevideo al respecto, según lo explica, eran de falta de fondos y en modo alguno técnicas, tema que por demás se planteó y debatió por Corpacero sin éxito en el proceso ordinario cuya revisión se ha solicitado, como apareció tanto en su respuesta a la demanda de instancia, como en su demanda de casación (folios 140 al 143 del cuaderno 1, folio 10 del cuaderno 6).

9. De todo lo expuesto puede concluirse que el recurrente no acreditó los supuestos de hecho adecuados para que fuera aceptable el recurso de revisión en estudio, el cual por tanto, debe declararse infundado.

Y para terminar, aun cuando como se vio no ha sido demostrada ni la fuerza mayor o caso fortuito, ni el hecho de la contraparte para que no se hubiera allegado al proceso las pruebas en cuestión, tampoco aparece que ellas hubieran influido ineludiblemente en la decisión que se pretende revisar, pues aun en el supuesto de haberse allegado a los autos las escrituras públicas referentes a Alfonso Bermúdez (escrituras que precisamente por ser públicas no estaban colocadas en imposibilidad de que el recurrente las hubiera aducido al proceso ordinario), ellas a lo sumo hubieran servido para demostrar que Montevideo se obligó a ejecutar las obras en cuestión, por lo cual fue ejecutada y en últimas se vio forzada a transigir mediante el pago de una elevada suma de dinero, sin que ello implique en forma ineludible que las obras eran imposibles de construir por razones técnicas, ni que Corpacero vino a asumir al respecto una obligación que no podía llevar a cabo, máxime si como aparece

en el proceso ordinario en cuestión, la escritura de compraventa y de ejecución de las obras contiene una serie de obligaciones escalonadas, a las cuales no dio cumplimiento en primer término Corpacero, al no enviar los presupuestos indispensables para decidir sobre la ejecución de las obras que, de contera, se había comprometido a llevar y adelantar ella misma, debiendo pagar su costo por mitad con Montevideo y para lo cual la sociedad vendedora había autorizado la retención, en la medida correspondiente, de los dineros necesarios para efectuar esta construcción, con cargo al saldo del precio a su favor (ver cuaderno principal del proceso ordinario).

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:

1. DECLÁRASE infundado el recurso de revisión formulado por Corporación de Acero, Corpacero, Marco y Eliécer Sredni y Compañía, contra la sentencia de casación dictada el 29 de noviembre de 1978 por esta misma Sala, en el proceso ordinario de Urbanización Montevideo Limitada, contra Corporación de Acero, Corpacero, Marco y Eliécer Sredni y Compañía.

2. ORDÉNASE el levantamiento del registro de la demanda de revisión y comuníquese así al Registrador respectivo.

3. CONDÉNASE a la recurrente al pago de costas y perjuicios, con cargo a la caución prestada. Los perjuicios serán regulados en la forma prevista por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

4. DÉSELE aviso a la Compañía Aseguradora que otorgó la caución en este recurso, de lo aquí resuelto.

5. ORDÉNASE devolver el proceso ordinario, materia de la revisión al despacho de origen.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura, Hugo Vela Camelo.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

NULIDAD DEL MATRIMONIO

El matrimonio civil no es nulo cuando se celebra ante el juez municipal del domicilio de la mujer. El término "Distrito Municipal" es equivalente al de "municipio" y al de "distrito", todos los cuales usa, indistintamente, el Constituyente de 1886. De manera que cuando el artículo 157 de la citada Carta habla de los jueces municipales se refiere a los que reemplazaron a los llamados "jueces de distrito" del Estado de Cundinamarca, porque a aquéllos corresponde paralela y lógicamente la posición del juez de distrito en la anterior organización judicial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

Bogotá, 3 de agosto de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por César Augusto Flórez González contra la sentencia desestimatoria de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 20 de octubre de 1981.

I

El litigio

1. En demanda que fue admitida el 3 de junio de 1980 por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, el recurrente convocó a proceso ordinario a Gladys Alicia Rodríguez, su legítima esposa, y al agente del Ministerio Público para que se declarase "la nulidad absoluta por inexistencia" del matrimonio, celebrado por demandante y demandada, y para que se hiciesen otras declaraciones consecuenciales.

2. Como acontecimientos constitutivos de la *causa petendi*, se alegaron, en compendio, los siguientes:

César Augusto y Gladys Alicia contrajeron matrimonio el 16 de diciembre de 1976, ante el Juez Doce Civil Municipal de Bogotá. El acta de la celebración del matrimonio se protocolizó ante el Notario Once de este círculo. Ambos contrayentes actuaron de buena fe. Ese matrimonio

resulta ser nulo porque para el momento de su celebración el juez carecía de competencia para presenciar el acto, lo mismo que carecen de ella todos los jueces civiles municipales de la República.

3. Al explicar los fundamentos de derecho, el demandante puntualiza que el artículo 115 del Código Civil dispone que el consentimiento matrimonial ha de expresarse ante el funcionario competente, y que el 126 siguiente precisa que ese funcionario lo es el juez del distrito de la vecindad de la mujer.

Manifiesta luego que no existen en Colombia jueces civiles de distrito, por lo cual la Ley 54 de 1924 atribuyó a los jueces civiles municipales la competencia para la celebración del matrimonio civil. Pero que esta ley fue después derogada expresamente por la 20 de 1974, por lo cual no estaba vigente cuando se celebró el matrimonio ahora enjuiciado. De lo anterior concluye que el 16 de diciembre de 1976, los jueces civiles municipales ya no tenían competencia para celebrar matrimonios civiles, pues había sido derogada la ley que se la concedía, y no se había dictado otra disposición que les atribuyera esa específica competencia.

4. La primera instancia terminó con sentencia en que se desestiman las pretensiones, la que, apelada por el demandante, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de su fallo calendado el 20 de octubre pasado. Entonces, el mismo apelante vencido interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

II

Bases de la sentencia del ad quem

En síntesis, dice el Tribunal que la imperfección de la ley no es, por sí misma, una razón valedera para escapar a sus efectos, pues el juez, que es el intérprete, debe desentrañar su verdadero contenido; que el artículo 117 de la Ley 61 de 1886, aunque está derogado, es una clara ayuda para interpretar el artículo 126 del Código Civil que atribuye a los jueces de distrito del vecindario de la mujer la competencia para celebrar el matrimonio, pues aquella norma, mientras rigió, dispuso que “las atribuciones, jurisdicción y competencia de los jueces municipales serán las mismas que ha conferido a los jueces de distrito la legislación” anterior; que tanto la Ley 57 como la 153 de 1887, en sus artículos 2º y 324, dispusieron que ciertos términos legales se entenderán con relación a las nuevas entidades o funcionarios constitucionales a quienes paralela y lógicamente corresponden.

Enseguida dice el Tribunal que no existe duda de que “el actual juez municipal sustituyó al antiguo juez de distrito” y que “las disposiciones actualmente vigentes que se refieren al juez de distrito deben ser aplicadas con referencia al juez municipal”, por lo cual es evidente que el juez competente para conocer de un matrimonio civil lo es hoy el juez municipal del vecindario de la mujer, motivo que lleva a concluir que no existe la nulidad deprecada en la demanda.

III

La demanda de casación

En extenso escrito que desborda los límites de lo normal, el recurrente formula un cargo único contra la sentencia del Tribunal, reparo que hace consistir en violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 113 y 115 del Código Civil y por aplicación indebida del artículo 126 *ibidem*, 2º de la Ley 57 de 1887 y 324 de la 153 del mismo año, pues el Tribunal revivió el juez de distrito a que se refiere el artículo 126 citado.

Historiando las distintas disposiciones que, a partir de 1853, han señalado el competente funcionario que debe presenciar la celebración del matrimonio, dice el casacionista que la ley nacional de 20 de junio de aquel año, artículo II, indicaba al juez parroquial de distrito, ley que fue derogada expresamente por el artículo 69 de la de 8 de abril de 1956, que en su artículo 19 señaló al notario público del distrito, si lo hu-

biere, y si no, al juez parroquial. Agrega que el Estado de Cundinamarca, por la ley de 30 de agosto de 1864, en su artículo 1º, dispuso que, en adelante, sólo producirán efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren ante los notarios o jueces de distrito con las formalidades a que se refieren los artículos 119 y 131 del Código Civil.

Luego expresa que, vigente la Constitución de 1863, el único funcionario competente para presenciar la celebración del matrimonio civil, lo fue el corregidor o juez de distrito. Mediante la Ley 84 de 1873 se adoptó para los Estados Unidos de Colombia el Código Civil.

Rememora enseguida, cómo mediando el siglo XIX, el territorio de un distrito podía estar subdividido en distritos parroquiales y cómo los jueces de distrito tenían las mismas facultades concedidas a los jueces parroquiales (ley de 27 de noviembre de 1857).

Después remontándose hasta el “Decreto reorganítico de 1828”, concluye que “los distritos eran las prefecturas, no municipios, ni caseríos, ni aldeas, ni distritos internos de las ciudades, ni corregimientos, ni distritos parroquiales”.

En vigencia de la Constitución de 1886, el Consejo Nacional Legislativo expidió la Ley 61 de 1886 en cuyo artículo 1º se dijo quiénes ejercen el poder judicial de la nación, incluyendo en el listado a los jueces superiores de distrito judicial, los de circuito y los municipales. Con relación a éstos, en su artículo 108 dispuso que en cada municipio habrá tantos jueces municipales cuantos determine que haya el concejo respectivo, y en el 117 les concedió las mismas atribuciones, jurisdicción y competencia conferidas a los jueces de distrito por la legislación vigente hasta entonces. Los jueces municipales habían sido creados por el artículo 157 de la Constitución de 1886; por el contrario, los jueces de distrito desaparecieron de la organización judicial. De lo anterior concluye el casacionista que ya no era posible identificar los jueces de distrito con los municipales, porque aquellos habían sido definitivamente borrados de la organización judicial, razón que lo lleva a sostener que el artículo 126 del Código Civil fue, desde entonces, modificado, desapareciendo de él la categoría de juez de distrito. “El artículo 126 del Código Civil es una norma sin funcionario con jurisdicción matrimonial. No existe norma legal que le dé existencia dentro de la ‘unificación de la legislación nacional’”.

Insistiendo en su punto de vista, el casacionista reafirma: "la Ley 61 de 1886 denegó expresamente la organización judicial del sistema federal en su artículo 149 y estableció en su artículo 1º la nueva organización judicial, de conformidad con lo preceptuado en la Constitución de 1886, estableció el tránsito de legislación para el caso de autos en su artículo 117, es decir del juez de distrito al nuevo juez municipal, repito de creación constitucional".

"La Ley 143 de 1887, en su artículo 70 derogó expresamente el artículo 117 de la Ley 61 de 1886.

"De consiguiente, revivir lo derogado aún por simples referencias, no es más que atentar contra el régimen institucional y legal de nuestro sistema jurídico vigente.

"De ahí, que el sentenciador obrara sin percatarse de la existencia del artículo 158 de la Constitución Nacional y le diera existencia al juez de distrito asimilándolo para el efecto como juez municipal, lo cual choca contra la lógica jurídica, al revivirlo y tenerlo como vigente para la solemnización del matrimonio civil, pecando, pues el legislador no ha señalado taxativamente el funcionario con 'atribución, jurisdicción y competencia' de la solemnidad, que está limitada por el mismo Código Civil, para el matrimonio civil".

Después de hacer algunas consideraciones sobre los requisitos del matrimonio y de referirse a la teoría de la inexistencia del mismo, discurre sobre temas como las solemnidades, el estado civil y el registro de sus actas y la interpretación de la ley y sostiene que solamente la Ley 54 de 1924, artículo 2º, expresó que la declaración de apostasía debía hacerse ante el juez municipal respectivo, pero que como esta ley fue derogada expresamente por la 20 de 1974, "realmente se llega a la conclusión de que no existe ley alguna que le atribuya a los jueces municipales competencia para celebrar el matrimonio civil".

Más adelante añade:

"Es decir, no existe funcionario alguno con jurisdicción y competencia para la celebración del matrimonio civil en Colombia. O sea, si hay jueces civiles municipales en toda Colombia (y territoriales con las funciones de los municipales y los promiscuos), *todos ellos carecen de jurisdicción para la celebración del matrimonio civil*. Porque carecen de la función pública de administrar la solemnización matrimonial como ema-

nación de la soberanía (artículo 2º y artículo 158 de la Constitución Nacional).

"Desaparecida esa concepción, no hay razón para que continúen subsistiendo sus apéndices o epifenómenos.

"Ahora bien: ¿será posible que el matrimonio civil en Colombia, se pueda celebrar por el artículo 140 del Código de Régimen Político y Municipal, hoy insubsistente, y 147 de la misma obra, sustituido por el artículo 1º de la Ley 49 de 1931, en concordancia con los artículos 216 y 462 de la legislación canónica y artículo 18, numeral 2º, en concordancia con el artículo 23, numeral 20 del Código de Procedimiento Civil, y artículos 76, 77, 78, 131, 133 y 126 del Código Civil (este último derogado por la Constitución de 1886, y por la Ley 61 de 1886 que en su artículo 149 derogó la Organización Judicial Federal, además, por el artículo 117 de esta misma Ley que estableció el tránsito de la legislación y que fue derogado expresamente por el artículo 70 de la Ley 143 de 1887), y artículo 2 de la Ley 57 de 1887 y artículo 324 de la Ley 153 de 1887, estableciendo así la jurisdicción matrimonial, sin tener en consideración obligatoria del artículo 61 del A. L. número 1 de 1945, correspondiente en la codificación vigente al artículo 158 de la Constitución Nacional?

"No, pues quebrantaría el régimen jurídico vigente".

Luego manifiesta el recurrente que la Constitución es ley derogatoria y reformatoria de la legislación preexistente, como lo enseña el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, por lo cual al establecerse en la Carta Fundamental de 1886 la categoría constitucional del juez municipal (artículo 158), quedó insubsistente por derogación el juez de distrito; que, además, en la Constitución se dijo que la ley fijaría la competencia de las distintas clases de jueces, pues en nuestro régimen legal ningún empleado puede ejercer funciones que no le estén señaladas por la Constitución o por la ley.

"De tal forma —dice el casacionista— que si el artículo 115 del Código Civil exige 'funcionario competente' para la celebración de la institución matrimonial, no deja de ser mayor la realidad constitucional que el artículo 158 de la Carta exige previamente su jerarquía normativa, que para su solemnización por parte del juez municipal, se le fije por la ley su competencia y el territorio de su jurisdicción. Ley, que hoy por hoy, no existe radicada en funcionario alguno de la República de Colombia".

Después vuelve el recurrente a expresar que no es lo mismo distrito que municipio, por lo cual no puede asimilarse hoy el juez de distrito al juez municipal.

A continuación el recurrente trae a cita la opinión de varios autores nacionales que señalan al juez municipal como competente para la celebración del matrimonio, y con los argumentos arriba recogidos, que ahora repite, los controvierte extensamente para terminar reafirmando lo ya sostenido.

“El argumento emanado, pues de la frase ‘*los términos juez de distrito se entenderá con referencia a los nuevos funcionarios constitucionales*’, sentido exacto que se identifica con el contexto del artículo 2º de la Ley 57 de 1887, concordante con el artículo 324 de la Ley 153 de 1887, e invocadas como decisivas por el Tribunal de Bogotá, para dar por sentada la doctrina exclusiva y, a más de ello equívoca, de que *las disposiciones actualmente vigentes que se refieran al antiguo juez de distrito, derogado por el artículo 149 de la Ley 61 de 1886, deben ser aplicadas con referencia al juez municipal*, es un real contrasentido, conceptos encontrados en una misma sentencia, que carece de la fuerza constitucional y legal de que se pretende revestirlos, usurpando o invadiendo el campo del legislador (pretor).

“Es una solución eficaz para el Tribunal de Bogotá, que de reconocer al juez de distrito como ‘vigente’, esta se ha salido de la esfera constitucional y legal, puesto que ni aquélla ni éstas lo contemplan; pero que de estar en observancia el sistema implantado por la Carta de Rionegro (artículo 69), esta decisión del Tribunal no hubiera contrariado los preceptos de la Constitución o leyes federales, sino de conformidad a ella”.

Después, retomando las críticas contra la sentencia del *ad quem*, el censor expresa:

“Dice el Tribunal de Bogotá que ‘*las disposiciones actualmente vigentes (subrayo) que se refieran al juez de distrito (subrayo)*, es un anatema promovido por un desorden ‘*subjetivo*’, ya que no ‘*hay disposiciones actualmente vigentes*’ que tengan expresamente al ‘*juez de distrito*’ por el ‘*juez municipal*’, que tiene ‘*categoría constitucional*’ al igual que el juez de circuito. Esta vigencia de que habla pretorianamente el Tribunal de Bogotá, queda en el aire tal como lo demuestran claramente los diarios oficiales, específicamente, respecto a aquellas leyes expedidas

con posterioridad al Acto Legislativo número 1 de 1945, cuyo artículo 154, enquistado textualmente en el 158 de la *sí vigente* (subrayo) Constitución Nacional, impone el espíritu y la letra de:

“‘*Para ser juez municipal (subrayo) se requiere que ...*

“*Inciso 3º La ley señalará la competencia de estos funcionarios y el territorio de su jurisdicción (subrayo)*, ordenando la agrupación de varias poblaciones cuando lo considere necesario.

“Mas el inciso 2º dice: ‘*Los jueces de que trata este artículo serán elegidos para períodos de dos años por el Tribunal Superior del respectivo Distrito (subrayo)*’.

“No deja de ser oportuna la observación de que hasta el año de 1886 estuvo vigente en Colombia la Constitución de 1863 que había establecido el régimen federal. Entonces cada uno de los Estados en que se dividía la Nación tenía su legislación propia y su *Poder Judicial* (subrayo), el cual estaba constituido en primer término por los tribunales que se llamaban simplemente *superiores* (subrayo) y no de *Distrito Judicial*, como se le denomina constitucional y legalmente al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, autor del fallo materia del recurso extraordinario de casación, como consecuencia de la del régimen unitario con imperio de la misma Carta, reformada en el 1894, 1898, 1905, 1907, 1908, 1910, 1914, 1918, 1921, 1924, 1930, 1931, 1932, 1936, 1938, 1940, 1944, 1945 (subrayo), 1946, 1947, 1952, 1954, 1957, 1959, 1960, 1963 y la vigente de 1968.

“Por otra parte, la denominación de ‘*Juez Municipal*’, cuya creación es también de carácter constitucional, tanto como los de Circuito, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Corte Suprema de Justicia, estaba consagrada expresamente por la Carta de 1886, cuyos artículos prescribían:

“‘*156: La ley (subrayo) organizará los juzgados inferiores y determinará sus atribuciones ...*’.

“‘*157: Para ser juez se requiere ... estar versado en la ciencia del derecho ...*’.

“Inciso 20: ‘*... no es indispensable respecto de los jueces municipales*’.

“Esta es la imagen vigente estampada en el fallo del Tribunal de Bogotá, quien señala que como ‘*el juez municipal *sustituyó* (subrayo) al*

antiguo juez de distrito', como relación de causa a efecto, 'las disposiciones vigentes (subrayo) que se refieran al juez de distrito, deben (pretor) ser aplicadas con referencia al juez municipal'.

"Y que como 'es cierto' que el juez de distrito se 'refiere a una denominación judicial' (para el Tribunal no es constitucional) 'que hoy no existe' ('quedó insubsistente') y es tanta la importancia que la hermenéutica tiene (la jurisdicción y competencia son taxativas) en la aplicación del derecho (como en la solemnidad, nulidades y presunciones de derecho y los presupuestos procesales), entonces esa 'imperfección de la ley de distrito' encuentra sólido respaldo en el texto de una disposición que no por estar ya derogada (revive lo que derogado está) tiene su correspondencia en el actual juez municipal' (la inexistencia y la existencia son iguales para el Tribunal), porque el doctor García Sarmiento "en un pasaje muy oportunamente citado por el a quo" (quien calcó la teoría errónea del mismo tratadista) lo 'explica satisfactoriamente'".

Entra luego el recurrente en larga exposición sobre variados temas, para concluir que el matrimonio civil "tal como es realmente, carece de un funcionario con atribuciones, jurisdicción y competencia".

Consideraciones de la Corte

Nuestro Código Civil, con contadas variaciones, es el mismo que Don Andrés Bello redactó para la República de Chile y que ésta adoptó en el año de 1855. Una de esas modificaciones la constituyó el matrimonio civil que, inicialmente, no fue consagrado allí. Tanto en el proyecto de 1853 como en el llamado inédito, según se lee en los artículos 116, 117, 135 y 136 del primero y en los 116, 130, 131 y 136 del último, la validez del matrimonio en Chile estaba condicionada, entre otros requisitos, a que las nupcias fueran contraídas ante "el competente sacerdote y en presencia de dos testigos a lo menos"; la competencia para decidir sobre la validez del matrimonio que se trataba de contraer y la del ya contraído, se atribuía a la autoridad eclesiástica; las formalidades del matrimonio eran las prevenidas por el Concilio de Trento y, en fin, aun los que, profesando una religión diferente de la católica, pretendían contraer matrimonio, debían declarar, "ante el competente sacerdote católico y dos testigos", que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer", pues, agregaba el artículo 131

del proyecto inédito, "haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito". El Código Chileno, pues, inicialmente no acogió ni reglamentó el matrimonio civil, sino sólo el canónico, al que otorgó plenos efectos civiles.

En nuestro país, después de haber sido adoptado por el de Santander, el Estado Soberano de Cundinamarca sancionó el 8 de enero de 1859, como su Código Civil, el mencionado de Chile; pero no siendo partidario de dar fuerza jurídica únicamente al matrimonio católico, en este punto acogió las modificaciones propuestas por Don Miguel Chiari, uno de los comisionados por la Asamblea Constituyente de 1857 para la elaboración del Código. En su artículo 99 se dispuso:

"El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos si en su celebración se contraviene a tal forma, solemnidades y requisitos".

Y en el 119 se precisó:

"El matrimonio se celebra ante el notario público del circuito, si lo hubiere, y si no, ante el Juez del Distrito, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados por el notario o por el juez en su caso.

"Cuando el matrimonio se celebre ante el Juez del Distrito será obligatorio a éste pasar al respectivo notario copia de la diligencia que extendiere acerca de la celebración del matrimonio".

En el artículo 120 se consagró: "El contrato del matrimonio se celebrará en el Distrito de la vecindad de la mujer".

Sin embargo, en el artículo 134 se dejó sentado:

"Son válidos para los efectos civiles y políticos los matrimonios celebrados ante los respectivos ministros de los cultos, conforme a los cánones o constituciones religiosas a que los contrayentes se hayan sujetado para celebrar el matrimonio".

Para entonces la Constitución Política del Estado de Cundinamarca, sancionada el 12 de octubre de 1858, en su artículo 3º, había establecido que su territorio, parte integrante de la Confederación Granadina y compuesto por las antiguas provincias de Bogotá, Muriquita y Neiva, se dividía en "distritos" y que, para facilitar la

administración de justicia, se formarían circuitos judiciales compuestos de varios distritos. Además, en su artículo 54 establecía que "la justicia se administra en el Estado por el Senado, por el Tribunal Superior, por los jueces del circuito, por los jueces de distrito y por los demás juzgados que establezca la ley".

En el Código Político y Municipal del mismo Estado Soberano, código sancionado el 16 de octubre de 1858, en su artículo 3º, se estableció que "el territorio del Estado se divide para la administración general (sic) en distritos", que son 168, y que, para facilitar la administración de justicia, varios de estos "distritos" forman un circuito judicial.

De lo anterior se deduce rectamente y sin dificultad alguna, que en el Estado Soberano de Cundinamarca, la división territorial llamada distrito, era la misma que hoy se denomina municipio y que, para entonces, en cada distrito existía un juez distrital, a quien se le había atribuido la potestad para presenciar; en su debido caso, el matrimonio civil.

A la sazón, pues, por existir norma expresa, no se discutía, ni se discute, que el matrimonio civil se celebraba en el "Distrito" del vecindario de la mujer, ante el notario del circuito si lo había y, si no, ante el "juez del distrito" de la misma vecindad.

Esta categoría de Juez de Distrito subsistió en Cundinamarca hasta cuando el país adoptó la forma de República unitaria. En efecto, la ley de organización judicial del Estado Soberano de Cundinamarca, la número 19 de 1883, estableció en su artículo 1º que la justicia se administra en el Estado por la Asamblea Legislativa, por el Tribunal Superior y por los demás tribunales y juzgados creados conforme a la ley, y en el artículo 85 dispuso que en cada distrito habrá uno o más "Jueces de Distrito", cargo que, según el artículo 89, era de obligatoria aceptación para los vecinos del respectivo "Distrito".

De otro lado, el Congreso de los Estados Unidos de Colombia adoptó como Código Civil de toda la unión y lo sancionó desde el 26 de mayo de 1873, el que regía en el Estado Soberano de Cundinamarca y que, como ya se dijo, con algunas variantes era el mismo de Chile. Ya para entonces, en la materia de que se trata se habían introducido algunos cambios, pues sus artículos 115, 126 y 131, preceptuaban:

"Artículo 115. El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo

consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos".

"Artículo 126. El matrimonio se celebrará ante el juez del distrito de la vecindad de la mujer, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados".

"Artículo 131. Si los contrayentes son vecinos de distintos distritos parroquiales, o si alguno de ellos no tiene seis meses de residencia en el distrito en que se halla, el juez de la vecindad de la mujer requerirá al juez de la vecindad del varón para que fije el edicto de que habla el artículo anterior, y concluido el término, se le envíe con nota de haber permanecido fijado quince días seguidos. Hasta que esto no se haya verificado, no se procederá a practicar ninguna de las diligencias ulteriores".

Y después de reconstituida en 1886 la nación colombiana en forma de República unitaria, por medio de la Ley 57 de 1887, el Consejo Nacional Legislativo adoptó para toda la República de Colombia el ya mencionado Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873, y sin ninguna modificación de sus artículos 115, 126 y 131 antes transcritos, pero con las adiciones y reformas que se indican en los artículos del 4º al 46 de dicha ley.

Para entonces regía la Constitución de 1886 en que el territorio nacional ya no se dividía en estados y territorios nacionales, sino en departamentos (artículo 4º), los que para el servicio administrativo, "se dividirán en provincias, y éstas en Distritos municipales (artículo 182).

El término "distrito municipal", como claramente se deduce de los artículos 182, 186, 198, 199 y 200 de la Constitución mencionada, es equivalente de "municipio" y de "Distrito", que indistintamente se usan así por el mismo constituyente.

Efectivamente, el siguiente es el texto de las mencionadas disposiciones:

"Artículo 182. Los departamentos, para el servicio administrativo, se dividirán en provincias, y éstas en distritos municipales".

"Artículo 186. Compete también a las Asambleas Departamentales crear y suprimir municipios, con arreglo a la base de población que de-

termine la ley, y segregar y agregar términos municipales consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponde al Congreso”.

“Artículo 198. En cada distrito municipal habrá una corporación popular que se designará con el nombre de Concejo Municipal.

“Artículo 199. Corresponde a los Concejos Municipales ordenar lo conveniente, por medio de acuerdos o reglamentos interiores, para la administración del Distrito; votar, en conformidad con las ordenanzas expedidas por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales; llevar el movimiento anual de la población; formar el censo civil cuando lo determine la ley y ejercer las demás funciones que les sean señaladas.

“Artículo 200. La acción administrativa en el Distrito corresponde al Alcalde, funcionario que tiene el doble carácter de agente del Gobernador y mandatario del pueblo”.

Entonces, no resulta osado, sino acorde con la más limpia hermenéutica, concluir que cuando el artículo 157 de esa Carta Fundamental habla de los jueces municipales está refiriéndose a los que, según la nueva organización judicial, reemplazaban a los que en el Estado de Cundinamarca se llamaban jueces de distrito. Y es tan indiscutible esta conclusión que el mismo Consejo Nacional Constituyente, al asumir el ejercicio de las facultades que se concedieron en el artículo H del Título XXI (adicional) de la Carta, actuando como Consejo Nacional Legislativo, expidió la Ley 61 de 1886, en cuyos artículos 116 y 117, dispuso que en cada municipio habrá tantos jueces municipales cuantos determine el respectivo Concejo y que “las atribuciones, jurisdicción y competencia de los jueces municipales serán las mismas que ha conferido a los jueces de distrito la legislación vigente del respectivo extinguido Estado a que han pertenecido o a que deben pertenecer, si han formado parte de los antiguos Territorios Nacionales; y, además, tendrán las atribuciones, jurisdicción y competencia que en los libros 2º y 3º del Código Judicial de la Nación se reconocen a los corregidores”.

Como en la Ley 143 del año siguiente, por la que se adiciona y reforma la 61 de 1886, se fijaron expresamente las atribuciones de los tribunales, jueces de circuito y jueces municipales, entonces por medio de su artículo 70 se derogó,

entre otros, el ya citado 117 de la Ley 61, pero dejando subsistente su última parte (artículo 37).

Pero en los artículos 21-15 y 34-4º de la Ley 143 citada se puntualizó que los jueces de circuito y los municipales practicarían, a prevención, “las demás diligencias judiciales en que no haya oposición de parte y que no se haya atribuido a otra autoridad por la ley”. Por tanto, si en el Código Civil, al reglamentar el matrimonio, expresamente la competencia para presenciarlo estaba y está señalada al juez del distrito, categoría que había sido reemplazada por el juez municipal, síguese que esa competencia ninguna variación sufrió con la expedición de la Ley 143 de 1887, pues por expresa disposición del artículo 324 de la 153 del mismo año, ley que es posterior, “en los códigos adoptados las denominaciones de corporaciones y funcionarios, como Estados Unidos de Colombia, estado, territorio, prefecto, corregidor y las demás que a virtud del cambio de instituciones requieran en algunos casos una sustitución técnica, se aplicarán a quienes paralela y lógicamente correspondan” (subrayas fuera del texto).

De todo lo anterior, viene como natural conclusión que el matrimonio civil debe celebrarse ante el juez civil municipal del vecindario de la mujer, funcionario que, después de entrar en vigor la Constitución de 1886 y las leyes que la desarrollan, es el que sustituyó al Juez del Distrito, no sólo porque las atribuciones de éste se trasladaron a aquél, sino porque en la nueva escala jurisdiccional es el funcionario que paralela y lógicamente corresponde a la posición que en la organización judicial anterior tenía el Juez de Distrito.

A la Corte, como a los doctrinantes de su época, ninguna duda la asalta relativamente a que, desde cuando por el cambio de instituciones desaparecieron los Jueces de Distrito, la competencia que por el artículo 126 del Código Civil se les confiaba para que, en su presencia, se celebrara el matrimonio civil, desde 1886 quedó radicada en el juez municipal del vecindario de la mujer, funcionario que en la pirámide judicial es el que ocupó el lugar que aquél tenía.

Y así lo ha entendido también el legislador. En efecto, por las encontradas interpretaciones de lo que se disponía en la primera parte del artículo XVII del Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888, parte relativa a la especie de matrimonio que debían celebrar los católicos pa-

ra que produjera efectos civiles, se hizo indispensable precisar el punto. Entonces por medio de la Ley 54 de 1924, que no es derogatoria de la legislación anterior, como erradamente se sostiene en la demanda de casación, sino que, como ella misma lo expresa es aclaratoria de la legislación existente sobre matrimonio civil, se puntualizó que para los católicos que se hubieran separado de la religión, no era obligatorio el matrimonio por los ritos del Concilio de Trento, siempre que así lo declararan "ante el juez municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato". El mismo legislador de 1924 entendió, y no podía ser de otra manera, que era el juez civil municipal del vecindario de la mujer, el funcionario competente para recibir la solicitud que los contrayentes de matrimonio debían formular por escrito y, además, que ante él debía hacerse en ese mismo acto la declaración de apostasía.

Del mismo modo, cuando por el artículo 2º de la Ley 20 de 1974, aprobatoria del Concordato suscrito el 12 de junio de 1973, se dispuso derogar expresamente la Ley 54 de 1924, con ello simplemente se suprimió la obligación de apotatar, que por esta se imponía a los católicos para que pudieran celebrar matrimonio civil.

Aparece como un dislate mayor sostener que esa derogatoria tenía como meta privar a los jueces municipales de la atribución de presenciar el matrimonio civil. Absurdo sería que después de obtenerse, tras largas discusiones, que para que los católicos pudieran celebrar con todos sus efectos jurídicos matrimonio civil, sin necesidad de que previamente hicieran la declaración de apostasía ante el funcionario competente para presenciar ese contrato, que no es otro que el juez municipal, se quitara a éste esa potestad y se dejara sin titular de tal competencia.

Hoy, pues, vigente la Ley 20 de 1974 y antes, mientras rigió la 54 de 1924, y aun en el tiempo precedente hasta 1886, el funcionario competente a que se refiere el artículo 115 del Código Civil no es otro que el juez civil municipal del vecindario de la mujer.

Viene de lo expuesto que si el matrimonio de César Augusto Flórez González con Gladys Alicia Rodríguez fue celebrado ante el Juez Doce Civil Municipal de Bogotá, municipio o distrito de donde es vecina la demandada, su celebración tuvo lugar ante el funcionario competente, razón por la cual no puede existir la nulidad alegada por el demandante.

Pero aún dejando de lado este largo discurrir y aceptando, mas únicamente por vía de hipótesis, que el dicho matrimonio se hubiera celebrado ante funcionario incompetente, tampoco se podría acoger la nulidad en que tanto insiste el demandante, por las razones que se expusieron en sentencia del 9 de diciembre de 1975 (*Gaceta Judicial*, Tomo CLI, número 2392, página 315). Allí se dijo:

"1. Es indiscutible que para la validez de todo contrato requiere la capacidad de los contratantes, su mutuo consentimiento libre de vicios, que exista causa lícita y, finalmente, que la declaración de voluntad recaiga sobre un objeto también lícito (artículo 1502 del Código Civil). Y de la misma manera es claro que habiendo objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley (artículo 1523), la transgresión de norma prohibitiva genera nulidad absoluta, pues la ley expresamente cataloga como tal la nulidad surgida por la ilicitud del objeto (artículo 1741 del Código Civil). Así mismo, en teoría general, constituye nulidad absoluta la omisión de requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellas, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

"2. Sin embargo, el principio general contenido en el inciso 2º del artículo 6º del Código Civil, del cual son desarrollo los preceptos antes citados, principio que se enuncia diciendo que, en materia civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley si en ella misma no se dispone otra cosa, no tiene, en el campo del derecho matrimonial, la aplicación que le corresponde en el de la teoría general de las obligaciones.

"Efectivamente, en tanto que el derecho matrimonial, en punto de nulidades, está gobernado por el principio de que, en esta materia, no existe nulidad sin texto expreso que la consagre, cual lo dispone hoy perentoriamente el artículo 16 de la Ley 57 de 1887 y como lo imperaba el derogado artículo 147 del Código Civil, en el campo obligacional, por el contrario, señorea el principio de las nulidades virtuales, por el que es nulo todo contrato celebrado contra expresa prohibición legal, sin que sea menester norma que diga uno a uno los casos en que tal fenómeno jurídico acontece. Además, como acertadamente lo sostiene el recurrente, la división que para las nulidades en general hacen los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, en absolutas y relativas,

no coincide con la actual división de las mismas en tratándose de nulidades del matrimonio, que el legislador cataloga como insubsanables y saneables; aunque es preciso afirmarlo: cada grupo de éstas tiene fiel correspondencia en aquéllas. De igual modo, en el campo obligacional se establece que es absoluta tanto la nulidad producida por un objeto o causa ilícitos, como la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y se establece también que cualquiera otra especie de vicio tal, produce nulidad relativa. Por el contrario, en el campo del derecho matrimonial se dice de una manera expresa, concreta, taxativa, relacionándolas una a una, cuáles son las causas precisas de nulidad que, por no ser subsanables, permiten ser declaradas de oficio por el juez; y de la misma manera se individúan los hechos precisos que generan las nulidades llamadas saneables.

“Indica todo lo anterior que el régimen de nulidades nupciales, aunque el contrato de matrimonio sea uno de los más importantes o el mayor de todos, no es el mismo el régimen que la ley ha erigido para los demás contratos. La teoría de las nulidades matrimoniales tiene estructura típica o peculiar que, por tanto, se diferencia claramente de la organización general de las otras nulidades; es una estructura *sui generis*.”

“3. Desde la adopción del Código Civil que nos rige, en los primeros seis números del artículo 140 quedaron consignadas las causas de nulidad que el ordenamiento dicho calificaba como relativas, desde luego que fueron excluidas de las que el artículo 146, original, clasificaba como las únicas nulidades absolutas del matrimonio. Después, la causa de nulidad consistente en no haberse celebrado el matrimonio ante el juez y los testigos competentes, hecho que estaba contemplado en el número 4º del artículo 140 del Código Civil fue sustituido por la del numeral 1º del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, que inexplicablemente estableció exactamente la misma causa con palabras idénticas. La propia Ley 57, en su artículo 15 preceptuó que “no son subsanables” las nulidades a que se contraen los números 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del mismo artículo 140 y el número 2º del artículo 13 de la ley antes mencionada, número 2º que sustituyó al 10 del artículo 140 del Código Civil.

“No obstante lo expuesto, es claro, como ya lo ha dicho la Corte, que leyes posteriores pueden

modificar la estructura anterior, creando o suprimiendo causas de nulidad o variando sus efectos e importancia.

“4. Concretando el estudio de las nulidades del matrimonio a la que en este proceso se invoca, menester es precisar lo siguiente:

Si la nulidad del matrimonio civil proveniente de no haberse celebrado éste ante el juez y los testigos competentes, nulidad que, como ya se dijo, fue consagrada inicialmente en el número 4º del premencionado artículo 140 del Código Civil y luego reafirmada en el número 1º del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, nunca, ni frente a las normas originales del Código, ni frente a las de la legislación posterior expedida hasta hoy, ha sido considerada ni como nulidad absoluta ni como insubsanable, es palmar que, por exclusión, tal causa ha sido constitutiva siempre de una nulidad típicamente subsanable, es decir, de una nulidad que hace confirmable el matrimonio por circunstancias posteriores a su celebración.

“El artículo 13 precitado estatuye:

“El matrimonio civil es nulo:

“1º Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes.

“... ..”

“En la disposición transcrita se contempla el evento en que el matrimonio se ha celebrado ante juez civil municipal y dos testigos, pero mediando el hecho de que aquél o éstos o todos no sean competentes; no se refiere propiamente esa disposición al caso en que el matrimonio se celebra ante otro funcionario o ante un particular, eventos en los cuales el supuesto matrimonio no sería saneable, por no existir.

“Si el matrimonio, pues, fue celebrado ante juez civil municipal, pero que no era el del vecindario de la mujer, ¿Cómo puede sanearse este vicio de la incompetencia del juez?

“Quienes encuentran que debe aplicarse una rígida simetría entre las nulidades subsanables del matrimonio y las nulidades relativas en general, sostienen que por cuanto el legislador nada expresó en este punto concreto el dicho vicio queda saneado si, transcurridos cuatro años desde la celebración del matrimonio, los cónyuges capaces no demandan la nulidad. Fúndanse en que el artículo 1750 del Código Civil expresa que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.

“No comparte la Corte esta tesis, que es la que propugna el Tribunal, porque considerando

que las nulidades del matrimonio se gobiernan por normas propias, como antes se insinuó, y no por las reglas generales, es más ajustado a una exégesis científica de la ley no aplicar por analogía aquella disposición, sino hacer actuar preceptos de los que gobiernan la precisa materia de las nulidades en el matrimonio. En el Título V del Libro I del Código Civil que trata de la nulidad del matrimonio y sus efectos, se encuentra el artículo 143 que establece que la nulidad consagrada en el número 2º del artículo 140 antecedente, relativa a la impubertad de los contrayentes queda saneada si pasan tres meses después de que los menores hayan llegado a la pubertad, sin intentar la acción de nulidad; así mismo se encuentra el artículo 145 en cuyo segundo inciso se establece expresamente que la nulidad del matrimonio civil proveniente de fuerza o miedo o de haber sido robada violentamente la mujer, no tendrá lugar, es decir, que queda saneada, si después de que los cónyuges quedaron en libertad han vivido juntos por espacio de tres meses sin reclamar.

“Ahora bien: si el artículo 115 preceptúa que el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos por el Código Civil, y si como atrás quedó visto, el mutuo y libre consentimiento de los contrayentes se expresa ante juez civil municipal que no sea el del vecindario de la mujer, tal vicio constituye nulidad saneable, sin que el legislador haya previsto el modo de su saneamiento, es fuerza concluir, aplicando por analogía la solución dada a otras nulidades de la misma estirpe en los artículos 143 y 145, que pasados tres meses de la fecha del matrimonio celebrado ante juez civil municipal que no tiene jurisdicción en el vecindario de la mujer, sin que los cónyuges demanden la nulidad, ésta queda saneada. La demanda de nulidad de matrimonio, pues, fundada en la causa que antes se expresó, solamente puede intentarse dentro de los tres meses siguientes a su celebración. Pasado este término la dicha nulidad no ha lugar.

“5. A *prima facie* esta solución pareciera repugnar, pues es exótico en la teoría general de

las nulidades que la omisión de una formalidad que las leyes prescriben para el valor de un contrato en consideración a la naturaleza del mismo genere nulidad saneable y no absoluta; pero para disipar esa perplejidad naciente, menester es tener en cuenta que el mismo legislador es quien, en punto de matrimonio civil, ha expresado que la nulidad originada en que las nupcias no se celebraron ante el juez y los testigos competentes, no es de las insubsanables y que por tanto puede producirse su saneamiento, aunque no dijera expresamente de qué manera”.

Finalmente, si como lo predica el recurrente de una manera insistente, hoy la ley colombiana no señala funcionario que tenga competencia para presenciar la celebración del matrimonio civil, entonces habría que concluir en sana lógica que habría dejado de ser solemnidad propia de este contrato la emisión del consentimiento ante un funcionario, y que, por ende, no constituiría nulidad su celebración ante el juez civil municipal.

Frente a lo expuesto resulta que no prosperan los ataques contra la sentencia del Tribunal.

IV Decisión:

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 20 de octubre de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura, Hugo Vela Camelo.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

CARGAS PROCESALES

Admitido el recurso de casación, el recurrente que adeude costas liquidadas y aprobadas deberá pagarlas en el término del traslado so pena de que la demanda sea inadmitida y, por consiguiente, el recurso declarado desierto.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, 9 de agosto de 1982.

Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la parte recurrente.

Antecedentes

I. Por auto de 8 de junio de este año la Corte declaró admisible el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de marzo, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario adelantado por Carlos Fernando Mora contra los herederos de Carlos Julio Sabogal Hurtado.

II. Dentro del traslado que se dio a los recurrentes para que formularan la respectiva demanda de casación, procedieron a presentarla, sin que éstos hubiesen depositado o pagado el valor de las costas a que fueron condenados por el Tribunal en auto de 2 de julio de 1980 (folios 29 a 31, cuaderno 3º).

Con tal fin, se considera

1. *En el desarrollo del proceso las partes no sólo gozan de algunos derechos y prerrogativas, sino que a la vez corren con algunos deberes y cargas.*

Con relación a estas últimas les corresponde a las partes litigantes asumir determinadas conductas, que cuando implican la ejecución de cierto acto, deben hacerlo en la debida oportunidad procesal, so pena de que su inejecución o ejecu-

ción extemporánea les traiga consecuencias adversas. Así, a manera de ejemplo, el demandado que no contesta la demanda, que no solicita pruebas, que no alega, conductas todas que puede asumir libremente, se ve expuesto a gravosas consecuencias, como decidirse el litigio sin conocer sus defensas, sin recibir sus pruebas, etc.

2. *Dentro del criterio de las cargas procesales aparece aquella que impone al deudor de costas liquidadas la de satisfacerlas oportunamente, so pena de no ser oído, salvo que se trate de la "interposición" de recursos o de petición de pruebas.*

En efecto, el inciso final del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, dispone que "al deudor de costas cuya liquidación haya sido aprobada, se aplicará lo dispuesto en el último inciso del artículo 388", aparte que a su vez establece que "la parte deudora no será oída, sin necesidad de requerimiento, hasta cuando presente el título de depósito, a menos que se trate de interposición de recursos o petición de pruebas".

3. *De la armonía de los artículos 388 y 393 del Código de Procedimiento Civil, se desprende que la parte demandada en costas, cuya liquidación ha sido aprobada, para poder ser oída, debe consignar su valor y presentar el respectivo título; que la sanción de no ser oída obra sin necesidad de requerimiento; que sólo se exceptúa la "interposición de recursos o petición de pruebas"; que la parte obligada podrá ser oída de nuevo a partir del momento en que haya dado cumplimiento a la consignación del valor de las costas; que la parte obligada, al cumplir con la carga de consignar, toma el proceso en el estado que se encuentre; que si estando pendiente la carga de depositar el valor de unas costas, se interpone por el obligado el recurso de casación, tal carga*

no es óbice para su concesión por el Tribunal y su admisión por la Corte; empero, para lograr la admisión y trámite de la demanda de casación, que difiere del acto procesal de "interposición de recursos", sí se requiere, para ser oída la parte que formula tal libelo, que previamente haya dado cumplimiento a la carga de consignar el valor de las costas liquidadas y aprobadas.

4. De acuerdo con las consideraciones precedentes, se tiene lo siguiente:

a) Que la parte recurrente en casación fue condenada en primera y segunda instancias, a pagar a la contraparte el valor de las costas del incidente de nulidad propuesto por la misma, y de dichas costas fueron liquidadas y aprobadas las que se ocasionaron en el Tribunal, por valor de tres mil pesos (\$ 3.000.00), sin que la parte obligada haya depositado el valor de las mismas al tiempo de presentación de la demanda de casación, ni durante el traslado que se le concedió para presentar tal libelo;

b) Que dicha parte, si bien podía recurrir sin dar cumplimiento a la carga referente al depósito del valor de las costas, sí estaba obligada, para ser oída, a cumplirla a la presentación de la demanda de casación o durante el traslado que se le dio para tal fin, lo cual no ocurrió, o al

menos no aparece prueba de que así hubiera sucedido.

c) Que ante esta situación, se impone inadmitir la demanda de casación, a efecto de declarar la deserción del recurso extraordinario, tal como lo tiene sentado la doctrina de la Corte.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, resuelve inadmitir la demanda de casación presentada por la parte recurrente y en consecuencia, declarar desierto el recurso extraordinario formulado por la parte demandada contra la sentencia de 30 de marzo de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

NULIDAD DE PROMESA DE COMPRAVENTA

La aplicación de leyes imperativas como las que regulan la nulidad absoluta de un negocio jurídico, solicitada únicamente en el recurso de casación, no constituye punto nuevo que permita a la Corte abstenerse de estudiar el asunto al desatar el recurso. Si la nulidad se manifiesta, la Corte puede declararla de oficio. Requisitos para que la censura por inaplicación de normas imperativas que generan nulidad, prospere.

La falta de señalamiento de notaría como causal de nulidad. Si las partes tienen el mismo domicilio y no acordaron la notaría donde debían suscribir la escritura, el otorgamiento debe hacerse en dicho lugar siempre que allí exista notaría. No habiendo notario en tal municipio el lugar del pago queda indeterminado y la promesa viciada de nulidad.

NULIDAD, RESTITUCION Y REIVINDICACION

La propia ley establece cuándo hay lugar a la restitución y cuándo a la reivindicación como consecuencia de la nulidad judicialmente declarada.

Salvamentos de voto de los Magistrados, doctores Humberto Murcia Ballén y José María Esquerro Samper.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

Bogotá, D. E., 8 de septiembre de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario de María Emma Burgos viuda de Burgos (hoy de Bermeo), en su propio nombre y además en representación de sus menores hijos María del Carmen, María Delia y Bernabé Burgos Burgos, y Víctor y Alberto Burgos Burgos, contra Ismael Cubillos Cortés.

I *Antecedentes*

1. En su condición de cónyuge sobreviviente, la primera de los nombrados, y de herederos, los restantes, y pidiendo que se restituya al haber sucesoral del causante Pedro Emilio Burgos Murcia, los demandantes deducen la pretensión reivindicatoria de un predio rural ubicado en el

sitio de Neme, en jurisdicción de Saladoblanco (Huila), de extensión aproximada de nueve hectáreas, cuyos linderos indican, e impetran condenación al pago de los frutos naturales o civiles del inmueble, calificándose al demandado como poseedor de mala fe, más las costas del proceso.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, se invocan en la demanda los que cabe resumir así:

a) Mediante documento privado de fecha 31 de marzo de 1967, Pedro Emilio Burgos Murcia prometió vender a Ismael Cubillos Cortés, y éste comprar a aquél, el predio objeto de la pretensión reivindicatoria, que el prometiente vendedor había adquirido del Incora, en mayor extensión;

b) Como precio de la venta se señaló la cantidad de \$ 15.000.00, pagaderos así: \$ 8.000.00 de contado y el saldo de \$ 7.000.00 dentro de 18 meses, contados desde la fecha del documento de promesa. La escritura de venta se otorgaría el día del pago del saldo;

c) Fallecido Pedro Emilio Burgos Murcia el 30 de mayo de 1967, su cónyuge sobreviviente

promovió proceso ejecutivo contra Cubillos Cortés para el cobro del saldo del precio, mediante demanda incoada el 12 de marzo de 1973, proceso que terminó con sentencia que declaró probada la excepción de prescripción extintiva de la obligación;

d) Por su parte, Cubillos Cortés demandó ejecutivamente a los sucesores de Burgos Murcia para que se los condenara a otorgar la escritura de venta, mas el proceso terminó con sentencia en que se acogió la excepción de contrato no cumplido por el ejecutante;

e) Cubillos Cortés está en posesión material del predio reivindicado desde el 31 de marzo de 1967, fecha en que Burgos Murcia se lo entregó, y a partir del vencimiento del plazo estipulado para el pago del saldo del precio, esa posesión es de mala fe;

f) En el proceso de sucesión de Burgos Murcia, que cursa en el Juzgado Promiscuo Municipal de Saladoblanco, se reconoció a María Emma Burgos viuda de Burgos como cónyuge sobreviviente, y a los cinco hijos comunes, como herederos del causante.

3. El demandado contestó este libelo manifestando oponerse a la pretensión reivindicatoria, negando varios de los hechos y proponiendo, como excepción de mérito, la de contrato no cumplido.

4. Agotada la primera instancia con producción de numerosas pruebas, el Juez Primero Civil del Circuito de Pitalito dictó fallo en que acogió favorablemente las súplicas de la demanda, reconociendo al demandado derecho al pago de mejoras y condenándolo en las costas procesales.

5. Apelada esta decisión por la parte demandada, con adhesión de la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante la sentencia recurrida ahora en casación, resolvió:

“Primero. *Revocar* la sentencia recurrida de fecha y origen anotados y en su lugar de oficio *declarar probada* la excepción de ‘petición antes de tiempo y de un modo indebido’.

Segundo. *Condenar* en costas en ambas instancias a la parte demandante”.

II

Motivación del fallo acusado

1. Después de hacer reseña completa de la actuación surtida en la primera instancia, inicia

el Tribunal sus consideraciones poniendo de presente los cuatro elementos axiológicos de la pretensión reivindicatoria, a saber:

“a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular;

“b) Derecho de dominio en el demandante;

“c) Posesión material en el demandado;

“d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída por el demandado”.

Y haciendo estudio de las pruebas allegadas al proceso, encuentra que estos cuatro elementos axiológicos fueron debidamente demostrados por la parte demandante.

2. Sin embargo, transcribiendo en sus partes pertinentes varias sentencias de la Corte, expresa el sentenciador de segunda instancia que “la relación contractual celebrada entre Pedro Emilio Burgos Murcia, hoy representado por los demandantes, e Ismael Cubillos, continúa vigente mediante el acuerdo de voluntades entre las partes que suscribieron la promesa de compraventa conforme con el artículo 1602 del Código Civil: ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales’”.

De lo cual concluye: “Improcedente es la acción de dominio propuesta por la cónyuge sobreviviente y herederos reconocidos en el juicio de sucesión de Pedro Emilio Burgos Murcia, demandantes de Ismael Cubillos Cortés, porque previamente han de peticionar la resolución de la convención jurídica acordada o su declaración de nulidad, y, mientras ello no acontezca, el contrato se halla vigente, no siéndoles posible desconocer las obligaciones surgidas de él.

“Se configura y está demostrada en esta forma la excepción de ‘petición antes de tiempo y de un modo indebido’, oficiosamente declarable conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil”.

III

La demanda de casación

Dos cargos formula la parte recurrente, ambos por la primera causal.

Serán estudiados y decididos en su orden.

Primer cargo. Está planteado así: “... acuso la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva, como violatoria por la *vía indirecta*, por *falta de aplicación* de los artículos 332, 331, 174,

183, 185, 187 y 305 del Código de Procedimiento Civil, 946, 949, 950, 952, 961, 962, 964, 965, 966, 967, 1546, inciso 1º del Código Civil, 1611, 1626, 1627, 1740, 1741, 1742, 1935, inciso 2º, Ley 153 de 1887, artículo 89, Ley 50 de 1936, artículo 2º, y por aplicación indebida de los artículos 1495, 1602 y 1609 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas”.

Dos yerros fácticos imputa la censura al Tribunal:

a) Haber pasado por alto que en la cláusula segunda del contrato de promesa de venta celebrado entre Burgos Murcia y Cubillos Cortés, cláusula que trata del otorgamiento de la escritura pública, “los contratantes no precisaron, ni la fecha, ni la hora de suscripción de la escritura, ni la notaría en la cual debería cumplirse con dicha solemnidad, engendrándose desde entonces una nulidad absoluta por falta de mención de, al menos, una de las formalidades exigidas por la ley para la absoluta validez de esta *sui generis* clase de contratos —denominada promesa de contrato—, o en el peor de los casos, generando la inexistencia de ésta”;

b) No haber tenido en cuenta la sentencia dictada por el Juzgado Civil Municipal de Pitalito en el proceso ejecutivo que Cubillos Cortés siguió contra los sucesores de Burgos Murcia para que se los condenara a otorgar la escritura de venta, sentencia que declaró probada la excepción de contrato no cumplido por el ejecutante, y que tiene la fuerza de cosa juzgada en este proceso ordinario, “debido a que en los dos procesos, el anterior por ejecución de hacer y el presente, la causa, es decir, el contrato, es la misma, y son las mismas partes las que en uno y otro proceso han intervenido, los herederos del promitente vendedor por un lado, y por el otro, el promitente comprador (artículo 332 del Código de Procedimiento Civil)”.

Consideraciones de la Corte

La aplicación de leyes imperativas no es punto nuevo en casación. Ciertamente el tema de la posible nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa no fue planteado en la demanda inicial ni debatido en forma alguna en las instancias. Solamente en casación ha sido propuesto con la tesis de que los jueces de mérito han debido decretarla, no obstante no haber sido deprecada, puesto que tratándose de una nulidad absoluta “puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca

de manifiesto en el acto o contrato”, según voces del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el 1742 del Código Civil.

Sea lo primero precisar que en materia de leyes imperativas, es decir, aquellas que no son susceptibles de ser derogadas por convenios particulares (artículo 16 del Código Civil), no puede ni debe sostenerse que su aplicación solicitada únicamente en el recurso de casación sea un punto nuevo. Ni puede, so pretexto de su novedad, abstenerse la Corte de estudiar el punto al desatar la casación, pues las leyes imperativas gravitan sobre los hechos sometidos a decisión judicial en forma inexorable y en la medida en que realmente éstos se subsuman en aquéllas, es obligación de los falladores de instancia aplicarlas, siendo ostensible su violación si se dejaron de aplicar, la cual es deducible en casación dentro de la causal primera. Lo relacionado con la nulidad absoluta de un negocio jurídico es un tema regido por leyes imperativas. Por tanto el punto es de recibo en casación, así sea novedoso en el proceso. Es más, si la nulidad aparece manifiesta la Corte puede declararla de oficio.

Menester es ahora precisar con exactitud qué requisitos o circunstancias mínimas deben darse para que sea dable la censura en casación por la inaplicación de normas imperativas que generan nulidad, o para la aplicación oficiosa de la misma en orden a declararla. Estas son:

1. Que aparezca de manifiesto en el negocio jurídico sin que para deducir la nulidad sea necesario recurrir a pruebas distintas del documento público o privado que lo contiene.
2. Que la nulidad tenga incidencia en la decisión judicial por haber sido invocado el negocio jurídico como soporte de las pretensiones del demandante o de la defensa, y
3. Que todas aquellas personas que intervinieron en la formación del negocio jurídico de cuya nulidad se trate, o sus causahabientes a título universal o singular, sean partes en el proceso en que se declare la nulidad y por lo tanto los afecte la sentencia.

La falta de señalamiento de notaría como causal de nulidad. Se refiere el primer requisito a la necesidad de que la nulidad aparezca de modo manifiesto en el documento escriturario contenido del negocio jurídico de cuya nulidad se trata. Sobre el particular debe puntualizarse que según el artículo 89 de la Ley 453 de 1887 “la promesa de celebrar un contrato no produce obli-

gación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: . . . 4^ª Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. “El contrato de promesa de compravender un inmueble implica para ambas partes la obligación de cumplir la solemnidad indispensable para la validez del contrato prometido, a saber, el otorgamiento de la escritura pública. ¿Ante quién? Ante uno cualquiera de los cientos de notarios que hay en el país. De lo dicho se infiere que no siendo necesario que el instrumento público se otorgue específicamente ante un notario determinado, es indispensable que en el contrato de promesa se estipule ante cuál ha de firmarse la escritura. ¿Qué ocurre, entonces, cuando no se ha estipulado la notaría ante la cual se ha de otorgar?, la falta de señalamiento del lugar en donde debe verificarse el pago de la obligación de hacer que recíprocamente contrajeron los contratantes está prevista en el Código Civil, artículo 1646, en el sentido de que se hará en el domicilio del deudor. En consecuencia, como el domicilio es una institución en virtud de la cual la ley considera residenciada a las personas en aquel municipio en donde se configuran las diferentes especies de domicilios para ciertos efectos legales, como la determinación del fuero general de las personas y el lugar en donde deben cumplirse las obligaciones a falta de estipulación de los contratantes, ha de entenderse que cuando ambas partes contratantes tienen un mismo domicilio, sin lugar a dudas es allí en donde deben cumplir sus obligaciones. Corolario de lo anterior es que en el supuesto de la coincidencia domiciliaria de las dos partes prometientes, el pago de la obligación de hacer consistente en el otorgamiento de la escritura debe hacerse en el municipio en que ambas están domiciliadas, siempre que allí exista notaría. No habiendo notario en tal municipio, el lugar del pago queda indeterminado, sin que sea dable predicar que el lugar del pago es el del notario de otro municipio cabecera del círculo notarial, por cuanto, se repite, la noción de domicilio siempre está referida exclusivamente al municipio. Es así que las dos partes que suscribieron el contrato de promesa de compraventa eran vecinas de Saladoblanco; es así que en el contrato de promesa no estipularon en dónde debía otorgarse la escritura pública; y, finalmente, es así que en Saladoblanco no hay notaría, luego de conformidad con las premisas que anteceden hay que concluir que no se determinó en el contrato la manera de solemnizar la prometida compraventa, circunstancia que de con-

formidad con todo lo anterior lleva a la conclusión de que el contrato adolece de una falla que a la luz del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 es causal de nulidad absoluta.

Como la causa de la nulidad aparece de modo manifiesto en el documento contentivo del contrato de promesa, toda vez que de la simple lectura del mismo se infiere la falta de estipulación de la notaría, como son partes en este proceso los sucesores del prometiente vendedor y el prometiente comprador y como aún no han transcurrido veinte años desde la celebración del contrato, habrá de decretarse la nulidad absoluta.

La nulidad, la restitución y la reivindicación. El Título XX del Libro IV del Código Civil, que trata de la nulidad y la rescisión, primeramente señala las causas de una y otra figura y luego genéricamente para ambas consagra en los artículos 1746 y 1748 las consecuencias de la nulidad judicialmente pronunciada. En el primero de los citados establece que entre las partes (obviamente también entre sus causahabientes) la nulidad da derecho “para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”. Pero si entra en juego un tercero, el segundo artículo expresa que “la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores”. No es pues caprichoso que el que pretende la nulidad opte por una acción u otra, sino que es la propia ley la que determina cuándo hay lugar a la restitución y cuándo a la reivindicación consecuentes.

La acción de restitución es fundamentalmente una acción personal. La reivindicación es una acción real. Aquella opera como consecuencia de haberse desatado un vínculo contractual, ora por resolución a causa de incumplimiento, ora por nulidad del contrato.

En la acción de restitución al estado precontractual no es en manera alguna necesario que el que la pretende demuestre o siquiera que alegue ser dueño, pues para nada juega allí el derecho real de dominio; la restitución se ordenará como consecuencia de haber desaparecido el vínculo que sirvió como causa a una tenencia, independientemente de quien sea el dueño. La acción de reivindicación, autónoma o como consecuencia de la nulidad, implica que el actor alegue y demuestre ser el dueño y el demandado poseedor. Obviamente cuando se depreca una nulidad, lo aconsejable es que entre las partes se impetre consecuentemente la restitución. Pero nada obsta para que el demandante, aun entre

las mismas partes, opte por la acción reivindicatoria que, en últimas, también persigue una restitución, aunque por causas diversas. Lo que ocurre, entonces, es que si el demandante opta por la reivindicación entre las partes, se echa a sus espaldas innecesariamente la carga de probar todos aquellos elementos axiológicos de la acción reivindicatoria, que serían ajenos al debate si hubiese optado por la acción consecuencial de restitución. La posibilidad de optar por una u otra acción consecuencial frente a las partes no puede predicarse ciertamente en el caso de terceros, pues frente a ellos, precisamente por ser terceros, vale decir, ajenos a la relación contractual, el simple rompimiento del vínculo contractual no apareja la condena a restituir, pues en nada modifica la situación del tercero que el contrato celebrado por otros sea válido, incumplido o nulo. Frente a terceros siempre será necesario deprecar la acción real de dominio, con sus cargas probatorias ínsitas.

Dicho lo anterior, necesario es recordar que la acción deprecada en el libelo demandatorio fue la reivindicación como autónoma y que el Tribunal, entre otras razones, expresó en la sentencia recurrida en casación que la existencia del contrato de promesa de compraventa era un obstáculo insalvable para la prosperidad de la acción de dominio, pues si las partes estuvieron atadas por un vínculo contractual era absolutamente indispensable desatar previamente ese nudo en virtud de una acción personal, es decir, de las que surgen de los derechos personales o créditos, entre los cuales está la de nulidad del negocio jurídico obligacional pues bien, desatado ese nudo por virtud de la nulidad que debe predicarse del contrato de promesa, que el Tribunal estimó como obstáculo, simplemente ha de entenderse que queda removido y entonces hay lugar a examinar si los elementos de la acción reivindicatoria deprecada están cumplidos; lo anterior por haber optado el actor, innecesariamente, por la acción de dominio, que de no, si se hubiese optado por la que consagra el artículo 1746, la orden de restituir hubiese surgido indiscutiblemente de la nulidad, sin necesidad de examinar si el actor es dueño y el reo poseedor, amén de la identidad y especificación de la cosa reivindicada.

De conformidad con lo expuesto se entiende fácilmente que el Tribunal violó por falta de aplicación el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pues tratándose de una nulidad absoluta que aparece de modo manifiesto en el contrato de promesa de compraventa estaba en la obligación

de decretarla aún sin petición de parte. Si tal hubiese hecho, habría llegado obviamente a conclusiones diametralmente diferentes a las consignadas en la sentencia acusada, pues el obstáculo insalvable para el examen de la acción reivindicatoria hubiese desaparecido por la nulidad. Lo anterior es suficiente para casar el fallo y proceder, en sede de instancia, a dictar el fallo de reemplazo, en el cual se examinarán los elementos de la acción reivindicatoria deprecada.

Sentencia de instancia

Como están cumplidos a cabalidad los presupuestos procesales y no se advierte causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a dictar el fallo de mérito que reemplace el casado.

Se demandó, como tantas veces se ha repetido, la reivindicación de parte del inmueble rural denominado "La Argentina", ubicado en la vereda de Neme, Municipio de Saladoblanco

1. Obra en autos el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Pitalito, distinguido con el número 218, en el cual consta que el referido inmueble le fue adjudicado como baldío por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria al señor Pedro Emilio Burgos. La adjudicación la hizo la Gobernación del Huila, mediante Resolución número 00702, fechada en 1º de agosto de 1963, como delegado del Incora en virtud de las atribuciones conferidas por la Resolución número 17 de 9 de abril de 1962 y obra en copia a folios 36 y siguientes del cuaderno número 2. Aparece también en el expediente el auto de apertura de la sucesión del adjudicatario y el reconocimiento como herederos y cónyuge sobreviviente de los demandantes. Como no existen más títulos registrados, con los anteriores documentos queda probada la titularidad del derecho de dominio y, en consecuencia, la legitimación en causa activa para obrar en este proceso reivindicatorio.

2. En relación con el segundo elemento axiológico de la acción reivindicatoria, la calidad de poseedor del demandado, es necesario puntualizar lo siguiente:

a) Ciertamente el demandado Cubillos recibió el inmueble disputado, en razón de la promesa de compraventa de que se hizo mérito en la sentencia de casación y que se declaró nula por falta de la especificación de la notaría en que debía formalizarse el contrato;

b) Ha sostenido la Corte reiteradamente que en principio cuando se ha entregado un inmueble en razón de una promesa de venta, el prometiente comprador que recibe es consciente de que el dominio del inmueble no le corresponde aún, motivo por el cual no necesariamente éste adquiriera automáticamente la calidad de poseedor. Empero, la voluntad de los contratantes claramente expresada en el contrato de promesa puede convertir al prometiente comprador en poseedor. Si bien es cierto que semejante acuerdo no consta expresamente en el documento contenido del contrato de promesa, esa voluntad de las partes contratantes queda indubitadamente demostrada por la conducta asumida por ambas en el presente proceso, querer unánime que el fallador de instancia debe respetar;

c) En efecto, la parte demandante le imputó al demandado el ser poseedor del inmueble reivindicado, especialmente y con claridad en los hechos séptimo y octavo de la demanda;

d) Al contestar el hecho séptimo lo negó, pero en manera alguna porque no estimara ser poseedor, sino por la calidad de la posesión. Dijo así el demandado: "Al hecho 7º. No es cierto. La posesión de mi mandante no ha sido ni irregular ni clandestina, ni violenta, se hizo a ella con base en una promesa de venta la que no se ha perfeccionado por incumplimiento precisamente de los demandantes". El hecho octavo lo aceptó expresamente como cierto;

e) El juzgado *a quo* con fundamento en lo anterior estimó en su fallo de primer grado el hecho de la posesión del demandado y éste, habiendo apelado, no controvertió este supuesto fáctico en la segunda instancia;

f) El Tribunal, luego de sintetizar la doctrina de la Corte, según la cual la promesa no da por sí misma posesión, estimó que "el contrato prometido contiene la estipulación expresa y clara, indicativa del desprendimiento por parte del vendedor de la posesión material". Por parte alguna del contrato de promesa se encuentra esa manifestación y mucho menos con calidad de "expresa y clara". Simplemente se refirió en el contrato que se había hecho la entrega, pero en modo alguno se estipuló desprendimiento de la posesión. Lo anterior no obsta para que, por las razones expuestas en los literales anteriores, se estime al demandado, como poseedor.

3. El inmueble reivindicado se encuentra perfectamente determinado e identificado en la inspección judicial que se practicó durante la primera instancia del proceso.

4. El juzgado de primera instancia consideró al poseedor como de buena fe hasta la contestación de la demanda "ya que la posesión inicial la adquirió voluntariamente de quien era el verdadero dueño y señor del bien". No existe en el proceso elemento probatorio alguno que prive de valor esta apreciación del juzgador *a quo*, motivo por el cual habrá de mantenerse, con sus consecuencias sobre frutos.

5. Las mejoras plantadas por el poseedor fueron avaluadas pericialmente dentro del proceso y el juzgado ordenó su reconocimiento y pago, decisión que debe mantenerse.

Restitución de parte del precio. Aunque la acción deprecada y estudiada es la de reivindicación, frente a la cual no hay, en principio, lugar a ordenar la devolución de parte de precio, pues la acción real es ajena por completo a eventuales contratos de compraventa o similares; ha de tenerse en cuenta que en el caso de autos se decretará la nulidad absoluta de un contrato de promesa de compraventa en el cual se había anticipado parte del precio. La equidad impone entonces que así como se va a ordenar la restitución del inmueble a los herederos del dueño y prometiente vendedor, se ordene también la devolución en favor del prometiente comprador de la parte del precio que pagó al celebrar el contrato que ha devenido nulo. Pero como el valor del inmueble en el momento de la devolución es en mucho superior al valor nominal por el cual fue negociado hace quince años, también habrá de ordenarse que la devolución del precio anticipado, que ahora queda sin causa, se haga al valor adquisitivo que tenía el dinero en la época en que se entregó, para lo cual se hará una conversión en incidente posterior al fallo.

En mérito de lo que queda expuesto, tanto en la sentencia de casación como en la de instancia, 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 CÁSASE la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva que fue objeto del recurso de casación.

2º DECLÁRASE nulo el contrato de promesa de compraventa, celebrado entre el difunto Pedro Emilio Burgos con Ismael Cubillos.

3º En reemplazo de la sentencia casada y obrando la Corte en sede de instancia, confír-

mase la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Pitalito, adicionándola en el sentido de ordenar que los demandantes deben devolver al demandado el valor adquisitivo actual la parte de precio que recibió su causante al suscribir el contrato de promesa de compraventa que se declaró nulo. Hágase la conversión en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Mientras no se pague al demandado este rubro, éste tendrá derecho de retención.

Sin costas en el recurso de casación. Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandada que apeló.

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

José María Esguerra Samper, salvó voto, *Héctor Gómez Uribe*, *Alberto Ospina Botero*, *Germán Giraldo Zuluaga*, *Humberto Murcia Ballén*, salvó voto, *Jorge Salcedo Segura*.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

*Salvamento de voto del Magistrado doctor
Humberto Murcia Ballén.*

Es verdad que la aplicación de normas de orden público no constituye medio nuevo en casación. Tal principio, que acepto, no tiene sin embargo el carácter absoluto e ilimitado que la sentencia de la cual discrepo le da: la norma jurídica de la estirpe dicha puede y debe aplicarse oficiosamente pero solamente cuando, a más de implicar su aplicación un medio de *puro derecho*, o sea exento de cuestión de hecho, sí está en relación directa con la pretensión o la excepción que constituyen el objeto de la relación procesal a que la sentencia pone fin.

Primero. *El cambio intempestivo de la pretensión sí es medio nuevo en casación.*

1. Por su trascendencia en el litigio, merecen precisarse sus antecedentes más relevantes:

a) El 31 de marzo de 1967 los litigantes concertaron la promesa de compraventa que aquí se cita como fuente generadora de la controversia: en ejecución parcial de lo pactado el promitente vendedor entregó al promitente comprador desde entonces la tenencia del bien, cuyo dominio se prometió enajenar; y este último entregó al primero, también en cumplimiento de las obligaciones que para él generó la convención, una

parte muy considerable del precio acordado para la compraventa prometida;

b) En marzo de 1973 los herederos del promitente vendedor demandaron al promitente comprador, con el fin de obtener, por la vía ejecutiva, el pago del saldo del precio; dicho proceso terminó con sentencia de 16 de julio, mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción propuesta por el ejecutado;

c) Entonces el promitente comprador demandó ejecutivamente a los herederos de su promitente vendedor para que le otorgaran la escritura mediante la cual se perfeccionara el contrato prometido; dicho proceso terminó con sentencia de 25 de octubre de 1976, que declaró probada la excepción de contrato no cumplido por el ejecutante;

d) Así las cosas, en junio de 1979 se inicia este proceso por el cual los herederos del promitente vendedor pretenden, como en forma inequívoca se infiere de la *causa petendi* de su demanda, que se condene al demandado a restituir el bien que recibió con causa en la referida promesa de compraventa; y

e) El demandado, al contestar la demanda y en todas sus alegaciones posteriores, pregonando la eficacia jurídica de la promesa de compraventa, en lo cual estuvo de acuerdo con los demandantes, se opuso sin embargo a la restitución, pues estimó que lo que procede es cumplir el contrato prometido.

2. De lo cual se infiere que desde marzo de 1967 las partes contratantes estuvieron de acuerdo en la eficacia jurídica de la promesa de contrato por ellas acordado: sobre ese punto de partida han edificado sus pretensiones de cumplimiento total de lo convenido, mediante procesos judiciales varios, en los cuales la justicia aceptó, por lo menos implícitamente, la validez jurídica de la citada promesa.

Consentimiento suyo que han reiterado en este proceso las dos partes: los actores, porque para obtener la restitución suplicada se ampararon en la eficacia del contrato de promesa ajustado en marzo de 1967; en el escrito nicial de este proceso, ni en otro posterior alguno formulado en las instancias invocaron, ni dejaron entrever siquiera, la presunta invalidez jurídica de la promesa que ahora pregonan con tanta fuerza como fundamento principal de las censuras que hacen al fallo del Tribunal. Apoyándose en el contrato de promesa, el cual estimaron eficaz y ubicando en él el origen de la posesión del de-

mandado, sin que por ende suplicaran en forma alguna la declaración judicial de nulidad de ese acto jurídico, dedujeron su pretensión reivindicatoria.

Tal súplica, nítidamente formulada sobre la base de una promesa válida, lo mismo que la réplica que se dio, constituyeron pues los extremos sobre los cuales se trabó válidamente la relación jurídico-procesal, dentro de cuyo panorama no apareció, entonces ni después, la cuestión atinente a la nulidad de la promesa de compraventa, que apenas ahora se alega como tema en casación y que la Sala toma justamente para quebrar la sentencia combatida. Consiguientemente el juez de primer grado, sobre la consideración de que la promesa de venta goza de eficacia decretó la reivindicación.

Tampoco se adujo por ninguna de las dos partes en la segunda instancia del proceso, controversia relativa a la nulidad de la promesa; por ello quizás el juez de segundo grado, pues no tuvo ante sus ojos planteamiento semejante o aproximado siquiera, omitió todo pronunciamiento al respecto. Estimó, eso sí, que mientras la promesa se halle vigente, hasta tanto no se resuelva por alguna causa legal, dicho pacto vincula a los contratantes y no autoriza la reivindicación del inmueble que en virtud de él el promitente vendedor entregó al prometiente comprador.

3. Parece pues evidente que en el caso de este proceso, si se consideran como tienen que considerarse todo su decurso en las dos instancias y la muy clara y definida posición que las partes asumieron en ellas, para cotejar estas dos circunstancias con los argumentos o razonamientos que el recurrente da para combatir la sentencia del Tribunal de Neiva, fuerza es aceptar que en este recurso de casación se aducen medios cuya novedad es indiscutible por lo inequívoca, desde luego que con tales argumentos los recurrentes extraordinarios cambian brusca y tardíamente la postura que otrora asumieron en apoyo de sus súplicas, alterando así ostensiblemente los extremos en que desde su inicio quisieron y lograron que la relación jurídica se trabara.

Por ello con razón la doctrina universal ha dicho que si bien los medios de puro derecho no son nuevos en casación, ello es evidente cuando están en relación con el objeto de la demanda y tienden a los mismos fines con ella perseguidos, lo que excluye todo medio, así provenga de una ley imperativa o de orden público, que modifique el objeto del litigio. Una ley cuya aplicación

al caso planteado, por ejemplo, no se considera necesaria por la naturaleza del objeto de la demanda, no podrá ser invocada por primera vez en casación; tanto menos si esa norma jurídica regula una situación de hecho que es precisamente, como ocurre en el presente caso, la contraria a la que se pintó en la *causa petendi* de la demanda inicial de este proceso. En verdad que cualquiera cuestión que tenga relación directa, no arbitraria, con el proceso que se termina, aunque no haya sido invocada en las instancias, puede ser estudiada en casación; pero eso sí, siempre que esté dentro de la naturaleza jurídica de la acción y de la excepción deducidas en ese proceso.

4. Haciendo tabla rasa de la muy clara y definida posición jurídica que relativamente al contrato de promesa de compraventa asumieron los demandantes en los dos procesos ejecutivos anteriores, lo mismo que en las dos instancias del presente, pretendieron ahora, en el restringidísimo campo de la casación y la Sala acoge tal pedimento, que se declare la nulidad del contrato que durante algo más de diez años ellos tuvieron por válido y hasta avanzaron en su ejecución, sin oportunidad alguna para que el demandado hubiese ejercitado su derecho de defensa en punto a esa específica cuestión.

De lo acontecido resulta que los demandantes buscaron en casación, y la Corte les concedió, la restitución del inmueble, pero con base en hechos que no solamente no alegaron en las instancias, sino que implican una evidente alteración de la *causa petendi*, lo que a mi juicio constituye un grave pecado contra el derecho de defensa del demandado, a quien se lo condena por hechos que ni por asomo se le hicieron conocer para que pudiese, como consecuencia de su conocimiento, contradecir.

Segundo. *No se trata de medio de puro derecho.*

1. En verdad que, como lo anota Manuel de la Plaza, "en casación, la aplicación del principio *jura novit curia* podrá tener lugar cuando el recurso refuerce la argumentación, sin cambiar el punto de vista, por modo tal, que, sin atentar a la estabilidad y fijeza de lo discutido, la doctrina puede tomar el vuelo que sea necesario, para que los temas de casación queden esclarecidos, más en contemplación del interés general, que del particular designio del recurrente" (la Casación Civil, edición de 1944, página 165).

Cuando la invocación de una norma de orden público implique para el juez de casación la

obligación de hacer constataciones o apreciaciones fácticas no contenidas en el fallo atacado, como acontece a mi juicio en el caso presente, la cuestión se eleva a la categoría de medio nuevo y como tal inadmisibles en casación. Porque para deducir la nulidad absoluta del contrato de promesa la Corte debió entrar en el estudio objetivo del documento contentivo del pacto, para inferir que le faltaron requisitos, lo cual le implicó hacer precisiones no solamente en la cuestión jurídica, sino también y primeramente en la cuestión fáctica, concluyendo que ésta, la que se da en este caso, es precisamente la que contempla la norma jurídica que consideró inaplicada.

De ahí que, con toda razón, ha dicho la doctrina que el medio nuevo de orden público, para ser admitido en casación, debe sin embargo estar limpio de toda cuestión de hecho y hallarse comprobado en los autos, sin necesidad de análisis alguno respecto a la cuestión de hecho debatida. En el caso presente la nulidad invocada es una mezcla de hecho y de derecho, como lo indica el mismo recurrente en su demanda en la cual alega por la vía indirecta, a causa de indebida apreciación del documento respectivo; cargo o censura por quebranto indirecto, que es el que la Corte acoge para casar el fallo del Tribunal.

2. A mi entender no son necesarios mayores razonamientos para concluir que la cuestión referida, la nulidad absoluta de la promesa de compraventa, alegada solamente en casación y acogida en la Corte, dista y en mucho de tipificar un argumento puramente jurídico esgrimido en defensa de una tesis, sino que, contrariamente, ella encarna un aspecto estrictamente fáctico o de hecho, no invocado, expresa ni implícitamente en las instancias como el límite que, por voluntad de las partes, demarcó la actividad *in judicando* del Tribunal que el censor, y con él la Sala, encuentran errada. Quien para reivindicar califica a su demandado como poseedor con causa en un contrato de promesa que estima eficaz, y luego en el recurso de casación invoca la nulidad de este pacto, no está evidentemente haciendo un planteamiento jurídico *estricto sensu*, sino alegando tardíamente una cuestión nueva, que no quiso hacer valer en las instancias.

3. No resulta normal, ni mucho menos justo, inferir un agravio en casación a la parte que, por no haberse alegado un hecho determinado, no tuvo la oportunidad de contradecirlo; y si no ha existido contradicción frente a él, nada, pero absolutamente nada permite que se le deduzcan consecuencias jurídicas en favor de una parte y en contra de otra.

Y es anormal también, a la vez que injusto, inferir agravio a un Tribunal de instancia por no haber tomado en consideración, en su fallo, un hecho que en el proceso no le fue sometido a juzgamiento, tanto menos si se considera, como aquí ocurrió, que el Tribunal de Neiva estimó, acertadamente en mi entender, que no podía pronunciarse oficiosamente sobre aspectos no planteados en la demanda ni en el escrito de contestación.

Creo, finalmente, que no está avenida con la naturaleza extraordinaria y por ende limitada del recurso de casación la conducta del juez de ésta que, so pretexto de velar por la recta aplicación del derecho, rebasa los límites objetivos que la ley ha puesto al recurso mismo; porque al ampliar de su propia cuenta tales limitaciones positivas, siembra el desconcierto y la inseguridad entre los asociados, quienes no pueden prever jamás, en esas extrañas circunstancias, los hechos que pueden ser tomados por la Corte para tomar sus decisiones.

En estas consideraciones dejo consignadas las razones que fundan mi disenso de lo resuelto por la mayoría de la Sala en la sentencia anterior, cuyas motivación cardinal y resoluciones deploro no compartir y por ello salvo el voto.

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

Salvamento de voto

No siempre que en una promesa de venta se omite indicar la notaría en la que debe otorgarse la escritura que solemniza el contrato prometido, aquélla adolece de nulidad por ese único motivo. En mi salvamento de voto a la sentencia de casación de fecha 19 de enero de 1979 (Jurisprudencia de la Corte, Tomo IV, Héctor Roa Gómez, número 1446), expuse los motivos que me llevan a opinar en esa forma.

Me complace sobremanera comprobar que algunas de las razones que entonces expuse han sido acogidas ahora por la mayoría de la Sala. Sin embargo, en esta ocasión sí estoy de acuerdo con lo decidido en el fallo a que me refiero, puesto que ambos contratantes tienen su domicilio en una población en la que no hay notaría. Por este aspecto, pues, no disiento de lo resuelto por la mayoría de mis colegas en este caso preciso.

En efecto, dije entonces: "El objeto del contrato de la promesa de venta está constituido precisamente por la obligación de celebrar el con-

trato prometido, como lo estatuye el artículo 1517 del Código Civil, es decir, por la respuesta a la pregunta 'quid debetur'. Considero que el lugar de pago de la obligación no tiene por qué confundirse con el objeto de la misma. La obligación de hacer que surge de aquel contrato, el que desde luego debe estar ajustado para su validez a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, se paga mediante el otorgamiento de la escritura de venta. De consiguiente, si en la promesa no se indica en qué notaría debe hacerse tal otorgamiento, es decir, en dónde debe hacerse el pago de la obligación surgida de la promesa, debe darse cumplimiento a las normas generales que al respecto contiene el Capítulo IV del Título XIV del Libro IV del Código Civil.

"La no estipulación del lugar donde debe hacerse el pago está prevista por el artículo 1646, que viene a suplir esa omisión en que incurrieron los contratantes de la siguiente manera: si se trata de un cuerpo cierto, 'se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor'.

"... De esta suerte, cuando en la promesa se omite el señalamiento de la notaría en que debe otorgarse la escritura de la venta objeto de aqué-

lla, la ley no erige en motivo de nulidad ese vacío, sino que lo suple al disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, tal otorgamiento debe cumplirse en una de las notarías del domicilio del deudor, es decir, del prometiente vendedor que es a quien principalmente le corresponde hacerlo.

"... Queda entonces por determinar qué ocurre, cuando en el lugar en que debe hacerse la escritura hay varias notarías: en cualquiera de ellas. No es dable presumir que ambos contratantes están dispuestos a incumplir con esas obligaciones derivadas de la promesa, ni que van a violar el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe que consagra el artículo 1503 del Código Civil".

Desde el punto de vista de la equidad y la justicia no puedo menos de compartir la decisión de la mayoría, pero por el aspecto puramente jurídico comparto los argumentos expuestos en el salvamento de voto del Magistrado Murcia Ballén.

En estos términos dejo consignados mi aclaración y simultáneamente mi salvamento de voto a la sentencia que antecede.

Bogotá, septiembre de 1982.

José María Esguerra Samper



RESPONSABILIDAD DEL BANCO

Es evidente, frente al beneficiario del cheque, cuando no exige la demostración de que obra como apoderado el tercero que lo hace efectivo estampando su firma a continuación de la leyenda que expresa el nombre del beneficiario precedida de la letra P, pues esta letra no tiene otra significación que quien firma lo está haciendo como apoderado, no como endosatario.

Quien firma un cheque después de la leyenda que contiene un nombre precedido por la letra P, lo hace como apoderado de éste.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: . . .

Bogotá, 9 de septiembre de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada el 6 de abril de 1981, en este proceso ordinario de Gerardo Leyva Guáqueta contra el Banco Panamericano S. A.

El litigio

1. En demanda ordinaria del 4 de agosto de 1977 que correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, Gerardo Leyva Guáqueta trajo a juicio al Banco Panamericano con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que el Banco debe pagar al demandante \$ 339.500.00, más sus intereses al 32% anual desde el 23 de abril de 1971, por no haberle pagado a Leyva ni a ningún endosatario legítimo de él, el cheque 867060, serie CP girado por La Previsora S. A. el día mencionado.

2ª Que el citado Banco debe pagarle al demandante, además de la suma antes expresada, la cantidad de \$ 1.200.000.00 por concepto de lucro cesante y daño emergente.

En subsidio, pidió se declare que el Banco está obligado a pagar a Leyva \$ 339.500.00 más los intereses al 32% anual desde el 23 de abril de 1971, y la cantidad de \$ 1.200.000.00 a título de perjuicios, por haber pagado a otra persona el título valor distinguido con el número 867060

ya mencionado, a pesar de ser falsa la firma que ostenta dicho instrumento o por no aparecer el endoso autorizado por el demandante.

2. Pueden resumirse así los hechos en que el demandante sustenta su causa para pedir:

a) La Previsora S. A. giró el 23 de abril de 1971 el cheque o título valor número 867060 a favor de Gerardo Leyva Guáqueta por \$ 339.500, que fue recibido por Luis Emiro Valencia, sin la autorización expresa del beneficiario exigida por el artículo 70, ordinal 3º del Código de Procedimiento Civil, quien únicamente se enteró de que el citado cheque le había sido girado a su favor un año después, o sea en abril de 1972, cuando fue citado por la Superintendencia Bancaria para reconocimiento de su firma, dentro de una investigación efectuada por ese Despacho al Banco Panamericano, y fue entonces cuando el demandante Leyva observó que ese título valor había sido recibido por Luis Emiro y pagado a una persona no autorizada por su beneficiario, pues tal instrumento contiene una leyenda que dice "por Gerardo Leyva, Luis Emiro Valencia";

b) En diligencia practicada en el proceso ejecutivo que La Previsora S. A. siguió contra Gerardo Leyva ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, peritos grafólogos conceptuaron que la leyenda manuscrita al reverso del cheque en referencia, no fue escrita por el demandante, y que quien escribió el nombre de Gerardo Leyva fue la misma persona que, como representante de la extinguida firma comercial "Valencia & Compañía Limitada", firmó en dos

ocasiones dicho cheque y lo consignó en la cuenta bancaria de esa sociedad;

c) Del concepto grafológico en cuestión se infiere que persona distinta de Gerardo Leyva Guáqueta fue la que cobró el cheque girado por La Previsora S. A. contra el Banco Panamericano, y lo cierto es que Leyva, único beneficiario de ese instrumento, jamás recibió su valor, sino otra persona y sin exhibir expresa autorización y, lo que es más grave, sin existir el endoso en forma legal, de donde se infiere que el Banco Panamericano es civilmente responsable por haber pagado el título valor en referencia mediante falsificación de la firma del beneficiario y por no haber observado las precauciones del caso, no obstante las irregularidades ostensibles en los endosos;

d) Al no hacer el pago el Banco Panamericano a su beneficiario ni a su legítimo endosatario, o sea al efectuar el pago indebida e irregularmente, incumplió el contrato de cambio y dio lugar a que Leyva Guáqueta fuera demandado por La Previsora S. A. por el pago de la suma expresada en el cheque, sus intereses y las costas del proceso ejecutivo que se tramitó en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá y terminó mediante una transacción en virtud de la cual Leyva Guáqueta ha tenido que pagar una suma mayor de los \$ 700.000.00, para lo cual tuvo que hipotecar un inmueble de su propiedad y dejar de cumplir otras obligaciones y de efectuar ciertos negocios que le hubieran reportado magnífica utilidad, y

e) La negligencia del Banco Panamericano, que genera una conducta culposa lo hace acreedor al pago del valor del cheque, los intereses, el lucro cesante y el daño emergente.

3. Se trabó el debate con oposición del demandado, que la hizo consistir especialmente en que Luis Emiro Valencia era mandatario de Leyva Guáqueta y, después de surtidas a cabalidad las etapas probatoria y de alegaciones, la primera instancia terminó con fallo de 3 de octubre de 1979 que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y que, apelado por el Banco demandado, dio motivo a segunda instancia que terminó con sentencia del Tribunal de Bogotá del 6 de abril de 1981, que revocó la del inferior y, en su lugar, negó las súplicas de la demanda, providencia contra la cual el demandante interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

El fallo impugnado

1. Después de encontrar reunidos cabalmente los presupuestos procesales, comienza el Tribunal por establecer que la pretensión del demandante se refiere a una declaración de responsabilidad civil extracontractual, derivada del pago del cheque mencionado y regulada en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

2. Acomete el estudio de los fundamentos constitutivos de esta suerte de responsabilidad y encuentra que, si bien está demostrado el perjuicio sufrido por el demandante, no lo está que el demandado haya incurrido en culpa y, menos aún, que exista nexo causal entre el daño y la culpa.

3. Refiere que está demostrado que entre Luis Emiro Valencia y Gerardo Leyva Guáqueta existió un contrato de mandato, como ya fue anteriormente reconocido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá y por el mismo Tribunal, y que en ejercicio de ese mandato Valencia retiró el cheque a que se ha hecho mención, girado por La Previsora S. A. a favor de Gerardo Leyva. Aduce que si la pretendida restricción de facultades alegada por el demandante no era oponible a La Previsora S. A., como ya lo dijo el Tribunal en el proceso ejecutivo que esta sociedad entabló contra Leyva Guáqueta, mucho menos es oponible al Banco Panamericano, persona ajena a la relación contractual. Agrega que al cheque, en poder de Valencia, se le simuló un endoso por parte de su beneficiario y se procedió a consignarlo en la cuenta corriente de Valencia & Compañía Limitada para su cobro, pero el hecho de haberse pagado el cheque no constituye culpa del banco girado, pues éste solamente se encuentra obligado a verificar la autenticidad del último endoso, de acuerdo con el artículo 663 del Código de Comercio, y el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, vigente para la época en que se giró el cheque, prescribía que las firmas de los giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, y demás partes que intervengan en los instrumentos negociables, se presumen auténticas y no se requiere previo reconocimiento para ejecutar las acciones respectivas, y que quien alegue la falsedad de ellas debe probarlas.

Al estar amparadas tales firmas por la presunción de autenticidad no podía el banco desconocerlas y únicamente estaba obligado a verificar la autenticidad del último endoso, como en efecto lo hizo, sin que sea aplicable, por tratarse de casos distintos, la doctrina sentada por el Tribunal en ocasiones anteriores para deducir respon-

sabilidad civil al banco demandado, casos que se referían a responsabilidad civil contractual derivada del artículo 191 de la Ley 46 de 1923 y del 732 del actual Código de Comercio, pues entre el Banco Panamericano y el demandante Leyva Guáqueta no existía relación contractual ninguna y, por tanto, no podían desconocerse las firmas puestas en el instrumento que estaban amparadas por la presunción de autenticidad.

4. Ante la falta de prueba de culpa de la parte demandada y tampoco de que el daño se hubiera producido como consecuencia de la conducta de dicha parte, concluye el Tribunal revocando la sentencia apelada y absolviendo al demandado de las súplicas impetradas por el demandante.

La demanda de casación

En la órbita de la primera causal trae un único cargo, llamado a prosperar, que acusa la sentencia como violatoria de los artículos 1494, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil; 625, 640, 647, 651, 654, 661, 662 y 663 del Código de Comercio; 21, 22, 25, 32 y 34 de la Ley 46 de 1923 y 752 del antiguo Código de Comercio, vigente para cuando ocurrieron los hechos materia del litigio por falta de aplicación; y 4º de la Ley 46 de 1923 por aplicación indebida, todo a consecuencia de errores manifiestos de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar los elementos probatorios.

El censor desarrolla, en síntesis, así su acusación:

1. El fallo absolutorio del Tribunal se apoya en que si bien está demostrado el perjuicio, en cambio no lo están ni la culpa ni el nexo causal, pues está comprobado que entre Luis Emiro Valencia y Gerardo Leyva Guáqueta existió un contrato de mandato en virtud del cual éste encomendó a aquél el cargo de gestionar ante La Previsora S. A. el otorgamiento de un préstamo, y que en ejercicio de ese contrato Valencia retiró el cheque que dicha sociedad giró a favor de Leyva, sin que sea oponible al banco demandado las restricciones de facultades que según Leyva, impedían a Valencia retirar el cheque en cuestión.

2. Pero es lo cierto que según la sentencia del mismo Tribunal en el proceso anterior de ejecución, si bien se le dio a Valencia el carácter de mandatario de Leyva, se expresó que como el cheque no fue girado a aquél sino a éste, la actividad de Valencia "se reducía simplemente a

retirarlo de La Previsora y hacerlo llegar a su mandante". Pero el mismo Tribunal dijo que cuestión diferente era el destino que el mandatario Valencia hubiera dado al mencionado cheque, consistente en "endoso indebido y consignación en cuenta diferente a la del prestatario", y no se trata de que Valencia hubiera simulado un endoso, como equivocadamente lo afirma el fallo impugnado, sino que lo endosó con la anotación "P. Gerardo Leyva", indicando que lo hacía como apoderado de éste sin serlo, o sea atribuyéndose una facultad de que carecía, tal como los peritos grafólogos lo conceptuaron, al afirmar que no se trataba de una falsificación o imitación sino simplemente de la representación de un nombre escrito, que no fue estampado por Leyva, sino por la misma persona que como representante de la firma Valencia & Compañía Limitada firmó por dos veces para efectos de endoso y consignación del cheque discutido, de donde concluyeron que "el nombre manuscrito Gerardo Leyva, correspondiente a la nota de endoso, esencialmente no ofrece un parecido gráfico o morfológico con las firmas auténticas de dicho señor".

En esta forma, si la leyenda que aparece al reverso del cheque en cuestión y que dice "P. Gerardo Leyva" no fue puesta por él y, por ende, no es su firma, y que tal leyenda la puso Luis Emiro Valencia no con el propósito de falsificar o imitar la firma de Leyva, sino para indicar que el endoso lo hacía como mandatario de éste, incurrió el Tribunal en evidente yerro fáctico al aseverar que una vez dicho instrumento en poder de Valencia, éste "simuló un endoso del beneficiario del cheque".

3. En el proceso no se discute si es oponible, o no, al Banco demandado la manifestación hecha por Leyva de que Valencia carecía de facultad para recibir el cheque, sino si podía válidamente negociarlo, o no, como mandatario de aquél, y si el Banco podía legalmente pagarle al endosatario "Valencia & Compañía Limitada" sin haber demostrado el endosante la facultad que tenía a nombre de Leyva, de donde resulta intrascendente el argumento del Tribunal de que la pretendida restricción de facultades alegada por el demandante no era oponible a La Previsora S. A. y menos al Banco demandado.

4. En cuanto a las razones que sirven de sustento al Tribunal para concluir que el Banco demandado no incurrió en culpa al haber pagado el cheque así presentado para su cobro, porque Centro del nuevo Código de Comercio el Banco

librado sólo está obligado a verificar la autenticidad del último endoso y porque existe presunción de autenticidad en las firmas, es de observar:

a) Que no es cierto que el Banco esté tan sólo obligado a verificar la autenticidad del último endoso, pues según el artículo 662 del Código de Comercio, también debe verificar la continuidad de los endosos, y según el 663 exigir "cuando el endosante de un título obra en calidad de representante, mandatario u otra similar" la prueba de tal calidad, y

b) Que la presunción de autenticidad se refiere a las firmas puestas en un instrumento negociable, pues si no existe la firma la presunción no opera y de ahí que el artículo 21 de dicha ley establecía que "ninguna persona contrae obligaciones por un instrumento en que no aparezca su firma, salvo disposición expresa en contrario", y el 25 *ibidem* prescribía que "un instrumento que llevè una firma falsificada o puesta sin la autorización de la persona a quien corresponda, es ineficaz y no da derecho a retener el instrumento o a hacer o exigir pago alguno por razón de dicha firma".

5. Al aplicar las anteriores preceptivas, se tiene que cuando se consignó el cheque en la cuenta de Valencia & Compañía Limitada, sólo existía un endoso: el hecho por Valencia en su calidad de mandatario de Leyva, de acuerdo con la leyenda puesta por aquél, y en consecuencia en el reverso del cheque había una sola firma, o sea la de Valencia como apoderado o mandatario de Leyva. En estas condiciones el Banco estaba en el deber legal de exigirle a Valencia la prueba de la calidad en que había llevado a cabo la negociación del cheque, tal como lo ordenaba el artículo 752 del Código de Comercio, en armonía con el 23 de la Ley 46 de 1923, máxime cuando la presunción de autenticidad consagrada en el artículo 4º de esta última, se refería tan sólo a la firma del mandatario y en modo alguno a la existencia del poder.

Pero aconteció que el Banco Panamericano, en lugar de exigir a Valencia la prueba de la calidad de mandatario de Leyva con que había endosado el cheque, llamó a aquél para que pusiera nuevamente su firma como Gerente de Valencia & Compañía Limitada, ya que la consignación se había hecho para esa sociedad y no para la persona de Valencia y así lo manifestó el Jefe de Cuentas Corrientes de dicho Banco.

De manera que el único endoso que existía cuando se consignó el cheque era el realizado por Valencia como apoderado de Leyva. Y el Banco, en vez de llamarlo para que llevara a cabo un nuevo endoso, ha debido llamarlo para que acreditara la calidad en que había negociado el instrumento, lo que no hizo.

Esta omisión entraña ciertamente una culpa del Banco, pues constituye un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias, a lo que se agrega que si, como lo dijo el Jefe de Cuentas Corrientes, la segunda firma puesta por Valencia es la que aparece debajo de la leyenda "P. Gerardo Leyva", ello significa que faltaba el primer endoso y que, por lo mismo, al no existir la continuidad de los endosos el Banco no ha debido pagar el cheque en cuestión.

Y de todas maneras el Banco incurrió en culpa, bien sea por no haber exigido la prueba de la representación con que obró Valencia o por no haber examinado la continuidad de los endosos y haber procedido a pagar un cheque que no ha debido cancelar, pago equivocado que compromete su responsabilidad para con el beneficiario del mismo, Gerardo Leyva Guáqueta, máxime si, según los doctrinantes, la actividad bancaria entraña riesgos naturales que deben ser asumidos por quienes profesionalmente, esto es, de manera reiterada y pública, se benefician con los resultados de esa actividad.

6. La conclusión a que llegó el Tribunal acerca de que no estaban demostrados ni la culpa del Banco ni el nexa causal entre aquélla y el daño sufrido por el demandante, obedeció a los siguientes manifiestos errores de hecho:

a) Tomó por simulación o imitación de la firma del beneficiario, la leyenda "P. Gerardo Leyva", puesta por Luis Emiro Valencia, cuando se trataba simplemente de la indicación de que el endoso lo hacía éste como mandatario de aquél, o sea, vio una firma simulada o falsificada, donde no existía firma alguna. De haber visto el sentenciador que se trataba en realidad de un endoso hecho por Valencia en su calidad de mandatario de Leyva, había llegado a la conclusión de que el Banco no podía pagar el cheque mientras no se le demostrara la calidad en que Valencia dijo negociarlo, en acatamiento de lo dispuesto en los artículos 752 del antiguo Código de Comercio y 23 de la Ley 46 de 1923, entonces vigente, y de que al hacerlo incurrió en culpa;

b) Pasó por alto el dictamen pericial producido en el ejecutivo de La Previsora contra Leyva, que en copia obra en este proceso, según el cual no se trata de falsificación de la firma de Leyva por imitación, ni mucho menos de la firma autógrafa de éste, sino de una leyenda puesta por Valencia para indicar que el endoso lo hacía por el beneficiario del cheque y como mandatario suyo. De haber tenido en cuenta dicho dictamen, no hubiera incurrido en el error de afirmar que se trataba de una simulación de la firma de Leyva y menos aún de aplicar la presunción de autenticidad de firmas, que consagraba el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, a una leyenda que no es firma;

c) No tuvo en cuenta el acta de la diligencia de inspección judicial practicada en el referido ejecutivo, y según la cual el Jefe de Cuentas Corrientes del Banco Panamericano manifestó que como el cheque sólo llevaba un endoso, se llamó a Valencia para que lo endosara como Gerente de la firma Valencia & Compañía, "y esa es la firma que aparece debajo de la de P. Gerardo Leyva". De haber tomado en cuenta el Tribunal esta manifestación hubiera concluido que en el citado cheque no aparecía firma alguna de Leyva Guáqueta ni de quien se dijo mandatario suyo y, de consiguiente, el Banco no podía realizar el pago en esas condiciones sin incurrir en culpa;

d) No percató que al haber pagado el cheque en esa forma, incurrió en un error de conducta, pues ningún banco pagaría un cheque que no está firmado por el beneficiario, ni por quien dice endosarlo a nombre de aquél, ni por quien habiéndolo firmado como mandatario suyo no hubiera acreditado esa calidad, y

e) Finalmente, tampoco se dio cuenta el Tribunal de la existencia del nexo causal entre la culpa del Banco al pagar indebidamente el cheque en cuestión y el daño sufrido por el demandante, daño que el Tribunal tuvo por plenamente establecido, pues es evidente que de no haber incurrido el Banco en el error de conducta en cuestión el daño no se hubiera presentado.

7. Y remata la censura diciendo que los manifiestos errores de hecho anteriores, llevaron al Tribunal a negar las pretensiones del demandante con violación de las normas sustanciales que disciplinan la responsabilidad extracontractual y la negociación de los títulos valores, citadas en el encabezamiento del cargo y las cuales dejó de aplicar, y en cambio aplicó indebidamente el

artículo 4º de la Ley 46 de 1923, que presume la autenticidad de las firmas puestas por las partes que intervienen en un instrumento negociable, como quiera que sin haber el beneficiario Gerardo Leyva puesto su firma en el referido cheque y sin que Valencia hubiera demostrado ser su mandatario, le hizo producir efectos contra él, todo lo cual debe llevar a la quiebra del fallo acusado, para ya en instancia acceder a las súplicas de la demanda.

Considera la Corte

1. *El Tribunal se apoya básicamente en que Valencia era un mandatario de Leyva, y que la firma del beneficiario del cheque fue simulada o falsificada, para así haberse depositado su valor en la cuenta corriente de Valencia & Compañía Limitada.*

2. *Sin embargo, fácil es observar que Valencia no efectuó falsificación alguna de la firma de Leyva, sino que se limitó a poner en el cheque una leyenda que reza: "P. Gerardo Leyva", leyenda que no puede considerarse como firma, como con desacierto fáctico lo aceptó y acogió el Tribunal, pues es notorio que la letra "P" que la encabeza no tiene significación distinta de que quien firma después de esa leyenda lo está haciendo como apoderado del beneficiario.*

Por tanto, es innegable que Valencia firmó haciéndose pasar por apoderado de Leyva.

3. *Y si bien entre Leyva y Valencia existió un mandato que tenía por objeto central obtener un préstamo de La Previsora S. A., ese mandato no incluía facultad alguna para que Valencia endosara el cheque producto de ese préstamo obrando a nombre de Leyva. Al respecto, la anterior sentencia del propio Tribunal en el proceso ejecutivo que cursó entre La Previsora S. A. y Leyva, refiere con claridad que, si bien Valencia era apoderado de Leyva para gestionar la consecución de un préstamo en La Previsora, a lo más que se extendía ese mandato era a recibir el cheque producto del préstamo para entregarlo a su legítimo beneficiario, o sea, no comprendía facultades de endosarlo ni de negociarlo, como equivocadamente lo considera el Tribunal.*

4. *La actitud del Banco demandado, por boca de su Jefe de Cuentas Corrientes, es muy significativa, pues al serle presentado el cheque para el cobro y abono a la cuenta de Valencia & Compañía Limitada tuvo ocasión de examinarlo y de*

manifestarle a Valencia que era necesaria su firma para completar el endoso a favor de Valencia & Compañía.

Lo cual pone de presente que el Banco en ese momento tomó la precaución, por demás obvia, de verificar la continuidad de los endosos, pero es inexplicable que no hubiera aprovechado esa ocasión y con el mismo Valencia, para exigirle la demostración de que obraba como apoderado de Leyva y con facultades suficientes para endosar el cheque. Y en cambio fue aceptando como endoso del mismo la simple leyenda "P. Gerardo Leyva" sin reparar, y aquí está el eje alrededor del cual gira toda su negligencia, que esa leyenda era apenas la expresión de que se obraba como mandatario del beneficiario del cheque y no constituía un endoso del mismo por parte de este beneficiario.

5. En estas condiciones, es de toda evidencia el error fáctico en que incurrió el Tribunal al haber visto un endoso en donde simplemente había una expresión de que se obraba por poder del beneficiario, agravada por haber visto en esa expresión una firma, cuando en realidad y como lo corrobora el peritaje grafológico practicado en el anterior proceso ejecutivo, no existía imitación ni remedo de firma alguna sino una simple mención de obrar como apoderado del beneficiario del cheque.

6. Estos errores de hecho tienen innegable trascendencia, pues el Tribunal concluyó que se había efectuado un endoso que permitía pagar válidamente el cheque por parte del Banco, siendo así que tal endoso fue inexistente y que, por tanto, a la leyenda en cuestión no le era aplicable la norma de la Ley 46 de 1923 que establecía la presunción de autenticidad de las firmas, pero no de otras leyendas en los instrumentos negociables.

7. En consecuencia y como los errores analizados condujeron a absolver al Banco en vez de condenarlo, tal como lo pone de presente la censura al analizar las disposiciones sustanciales que infringió el sentenciador, su fallo debe quebrarse para proceder, ya en instancia, a reemplazarlo en la forma siguiente:

Sentencia sustitutiva

1. Sin que los presupuestos procesales merezcan reparo y confirmados así la culpa del Banco demandado, la relación de causalidad en

tre esa culpa, consistente en no haber tomado las precauciones del caso para el pago del cheque, y el daño, o sea el desmedro patrimonial del demandante al habersele privado de tal instrumento negociable por cuanto su valor fue acreditado a un tercero, resta por examinar lo relativo a la cuantía del perjuicio, que el juzgado de instancia fijó en la suma de \$ 624.957.50 más sus intereses al 16% anual computados a partir del 13 de junio de 1975 y hasta cuando el pago se verifique, decisión que solamente fue apelada por el demandado.

2. Está acreditado, como lo relata el juzgado, que Leyva fue condenado por el Tribunal de Bogotá a pagar a La Previsora el mutuo con hipoteca que dio origen al cheque materia del pleito, y por ese concepto tuvo que reconocer a la acreedora hipotecaria, por vía de transacción, la suma de \$ 624.957.50, suma que configura el daño emergente que implicó para el demandante no haber podido aprovecharse legítimamente del cheque en referencia.

Y el lucro cesante, estimado pericialmente en dictamen debidamente fundamentado, se estableció es el valor de los intereses de dicha suma, al 16% anual, computados a partir de la fecha en que Leyva la reconoció a La Previsora (13 de junio de 1975) y hasta cuando se verifique su pago por parte del Banco demandado.

O sea, en el punto se acoge y mantiene lo resuelto por el juzgado y que, se repite, no fue apelado por el demandante.

3. Por aparte debe anotarse que el proceder de Luis Emiro Valencia al lograr que el cheque en cuestión fuera abonado a la cuenta corriente de Valencia & Compañía Limitada puede haber configurado hechos contemplados y sancionados por la ley penal, lo que impone ordenar que por la Secretaría se expidan copias de las sentencias de instancia y de casación, con el fin de que sean remitidas a la autoridad competente para que, si es el caso, se proceda a la correspondiente investigación penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 6 de abril de 1981 por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Gerardo Leyva Guáqueta, contra el Banco Panamericano y en su lugar CONFIRMA en todas sus partes la sentencia

dictada por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, el 3 de octubre de 1979.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Finalidades. La colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso cuya revisión se pretende, como causal del recurso.

El empleo de la expresión “maniobra fraudulenta de las partes”, debe entenderse en el sentido de que la conducta censurable puede proceder de una o de ambas partes, pero no necesariamente del acuerdo de ellas.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Su examen por el superior es obligatorio, aunque el tema no haya sido objeto del recurso de apelación. Demanda en forma de los procesos de pertenencia.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

Bogotá, D. E., 15 de septiembre de 1982.

Decídese el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Luis Daniel González y Nelly Andrade Peña, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de pertenencia que siguió Teresa Niño viuda de Niño, contra Ezequiel Albarracín.

I

Antecedentes

1. En la demanda de revisión se pide que la Corte “invalida la sentencia revisada y dicte la que en derecho corresponda”, y los recurrentes invocan “como causal única de revisión la consagrada en el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, esto es: ‘Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente’”.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, los recurrentes alegan en síntesis los siguientes:

“I. Maniobras fraudulentas de la demandante Teresa Niño viuda de Niño”.

a) Mediante la Escritura número 1666, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá el 30 de abril de 1973, Luis Daniel Azuero González y Nelly Andrade Peña compraron a Rubén Alonso Salinas un solar que hizo parte de otro de mayor extensión, distinguido con el número 8 de la manzana 54 de la Urbanización Santa Lucía, hoy barrio Claret de esta ciudad de Bogotá, con una extensión superficiaria de 672, 2 metros cuadrados, cuyos linderos se indican, y que está marcado en la nomenclatura urbana con el número 44-72 Sur de la carrera 26;

b) Los nuevos propietarios de este inmueble constituyeron hipoteca sobre él a favor de Félix Octavio Méndez, según aparece de la Escritura número 2854 del 11 de junio de 1973, de la Notaría Catorce de Bogotá;

c) Por incumplimiento de los deudores, el acreedor hipotecario promovió contra ellos proceso ejecutivo, dentro del cual Teresa Niño viuda de Niño se presentó como opositora, alegando posesión del inmueble. En esta calidad tuvo ella que conocer el título de los ejecutados, de que daba cuenta el certificado de registro acompañado a la demanda;

d) En el mismo año de 1973, Teresa Niño viuda de Niño instaura proceso policivo de lanzamiento por ocupación de hecho contra los citados propietarios del inmueble, pretensión a la cual se opuso Azuero González, invocando su carácter de titular del dominio. En esta oportunidad la querellante tuvo nuevamente conocimiento que el bien pertenecía a Azuero González y a Nelly

Andrade Peña, puesto que el opositor adujo la escritura mediante la cual éstos lo habían comprado a Salinas;

e) El 8 de febrero de 1974, Teresa Niño viuda de Niño, denunció penalmente a Azuero González por el delito de falsedad supuestamente cometido en el otorgamiento de la Escritura número 1666, denuncia que dio lugar a proceso de que conoció el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá y que terminó por aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Aquí volvió la denunciante a conocer que Azuero González y Nelly Andrade Peña eran los legítimos dueños del solar;

f) A raíz del otorgamiento de la Escritura número 1666, los compradores entraron en posesión material del inmueble adquirido. Este hecho dio motivo para que Teresa Niño viuda de Niño denunciara penalmente a Azuero González por el presunto delito de violación de domicilio. El respectivo proceso, de que conoce el Juez Diecisiete Penal del Circuito de Bogotá, aún se halla en curso;

g) Finalmente, el 25 de noviembre de 1974 Teresa Niño viuda de Niño instauró proceso de pertenencia, no contra Luis Daniel Azuero González y Nelly Andrade Peña, sino contra Ezequiel Albarracín, persona que no ha sido "ni tenedora, ni poseedora, ni dueña de derecho alguno del bien materia de la litis, ni parte, ni opositora dentro de los distintos y variados negocios judiciales y administrativos que ... la prescribiente ha promovido". Y en su demanda la actora incurre en varias maniobras fraudulentas, tales como engañar al Registrador para que expida un certificado que se acomode a sus pretensiones, alterar los linderos del solar y otros proceder semejantes, todo ello para evitar la citación al proceso de los verdaderos dueños;

h) "Todo lo anterior produce en la mente del Magistrado Sustanciador de la pertenencia en segunda instancia dudas insalvables sobre la legalidad de la actuación, advierte colusión o fraude en el proceso y en aplicación del artículo 58 del Código de Procedimiento Civil hace un llamamiento ex-officio a los señores Luis Daniel Azuero G. y Nelly Andrade Peña, en tanto considera que pueden resultar perjudicados con la sentencia que hoy se revisa, sin que la citación de estas personas produzca los efectos deseados, puesto que nunca llegaron a ser partes procesales".

"II. Colusión entre Teresa Niño viuda de Niño y Ana Francisca Cortés de Alonso (testigo)".

Dentro del proceso penal por falsedad en el otorgamiento de la Escritura número 1666, declaró como testigo Ana Francisca Cortés de Alonso, cónyuge sobreviviente de Rubén Alonso Salinas, quien afirmó que Teresa Niño viuda de Niño la obligó "como que en el Juzgado Quinto a darle una declaración y que por esa declaración nos dio los mil pesos, yo no recuerdo qué Juzgado Quinto, pero el doctor que tengo de presente tiene que saber en qué Juzgado es. Esa declaración era de que ellos (sic) habían edificado sobre el lote que era de mi esposo y después para meternos desahucio".

"La colusión —dicen los recurrentes— es manifiesta, clara y evidente y, aun, típicamente delictuosa al tenor de los artículos 194 y 198 del Código Penal".

III. "Perjuicios materiales y morales".

"Los perjuicios materiales son evidentes por cuanto mis poderdantes han perdido la posesión y el derecho de dominio sobre el bien materia de la litis. También han perdido el valor de las mejoras realizadas en el inmueble con su propio peculio, además de todos los frutos civiles e inclusive en la actualidad se encuentran pagando arriendo por vivienda.

"Desde el punto de vista moral han sufrido toda clase de persecuciones y la zozobra propia del hecho de verse sorpresivamente privados de una propiedad adquirida con justo título y de buena fe".

3. La demandada Teresa Niño viuda de Niño contestó este libelo manifestando oponerse a las pretensiones de los recurrentes en revisión y afirmando que los hechos realmente ocurrieron así:

a) Las maniobras fraudulentas han sido realizadas, no por ella, sino por Azuero González, quien obtuvo que Rubén Alonso Salinas, ya viejo y enfermo, le vendiera mediante la Escritura número 1666 un terreno diferente del que era suyo, puesto que pertenecía a Ezequiel Albarracín, como claramente aparece en la cédula catastral correspondiente, y quien, para hacerse a la posesión material del inmueble comprado, simuló una hipoteca y un proceso ejecutivo subsiguiente con el objeto de obtener el secuestro del bien y quitarle así la posesión a Teresa Niño viuda de Niño;

b) El proceso penal por falsedad se explica porque a simple vista aparece que la firma de Rubén Alonso Salinas en la Escritura número

1666 no era la suya comparándola con la estampada en otros escritos, lo que induce a sospechar que hubo falsedad en el otorgamiento de dicha escritura;

c) El proceso penal por violación de domicilio fue promovido porque Azuero González se presentó a tomar posesión del solar esgrimiendo un revólver y pretendió sacar de allí a la fuerza a los inquilinos de Teresa Niño;

d) La declaración testimonial de Ana Francisca Cortés de Alonso fue rendida en el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Bogotá en noviembre de 1972, o sea más de cinco meses antes de otorgarse la Escritura número 1666, por la cual Azuero González y Nelly Andrade dijeron comprar el solar a Rubén Alonso Salinas. ¿Podía Teresa Niño cometer el delito de colusión con dicha testigo para perjudicar a quienes a la sazón no conocía, ni podía sospechar que serían pretendidos dueños del solar?

e) Rubén Alonso Salinas y Ana Francisca Cortés de Alonso, que eran los dueños del inmueble, declararon bajo juramento, en el proceso por falsedad, que Jesús Niño Benítez y Teresa Niño de Niño eran poseedores de dicho inmueble. ¿Puede concebirse que esas declaraciones den fe de un hecho falso, siendo así que provienen de los propios titulares del dominio?

4. El otro demandado en revisión, es decir, Ezequiel Albarracín, fue emplazado al proceso, por ignorarse su paradero, y como no compareciera a éste, se le nombró curador *ad litem*, quien contestó la demanda manifestando no oponerse a las pretensiones de los recurrentes y diciendo atenerse a las pruebas que se adujeran.

5. Agotada la actuación correspondiente, dentro de la cual se practicaron numerosas pruebas, debe ahora la Corte resolver el recurso extraordinario, a lo cual procede advirtiendo que los presupuestos procesales no ofrecen reparo alguno, como tampoco la legitimación en la causa por sus aspectos activo y pasivo, y que no se observa causa alguna de nulidad capaz de invalidar proceso.

II

Consideraciones de la Corte

En el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil se sienta el principio fundamental de que "La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mis-

mo objeto, y se funde sobre la misma causa del anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes . . . La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión".

Obedece este principio a la necesidad social de que las controversias entre particulares sometidas al conocimiento de la jurisdicción por el trámite de proceso contencioso sean decididas mediante sentencia de efectos definitivos e inmutables, que impidan a las partes plantear nuevamente ante la justicia las diferencias que fueron objeto y al juez que la pronunció, o a cualquier otro, revocarla o modificarla una vez haya quedado en firme. Tal es la idea que desde el Derecho Romano quedó plasmada en el aforismo *res judicata pro veritate habetur*. Pero este postulado, indispensable para la seguridad y la estabilidad de las relaciones jurídicas entre los asociados, no es ni puede ser absoluto ni inmutable. Pese a la premisa de que en los procesos contenciosos cada parte dispone de las necesarias y suficientes oportunidades de hacer triunfar su propia causa mediante el ejercicio de los derechos de postular, excepcionar, aducir pruebas, contradecir las de su contrincante, proponer incidentes, presentar alegaciones, interponer recursos y vigilar paso a paso la actuación de la otra parte, la del juez y la de todas aquellas personas que intervienen en el debate, lo que garantiza el pronunciamiento de sentencias con pleno conocimiento de causa y ajustadas a la ley y a la equidad, hay casos en que, debido a fenómenos excepcionales, la que se dicta resulta injusta o inicua por ser el resultado de antecedentes procesales o probatorios incompletos, irregulares o ilícitos. Tal es el fundamento del recurso extraordinario de revisión destinado a aniquilar los efectos de la cosa juzgada material en esos casos de excepción.

El carácter eminentemente excepcional o de *iure singulare* que informa este recurso extraordinario trae por consecuencia que sólo sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas causales que taxativamente contempla la ley y que, además, tales causales sean de interpretación estricta, excluyente de toda ampliación o analogía.

Entre las causales, establecidas en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, se cuenta la distinguida con el numeral 6 y concebida así: "Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya cau-

sado perjuicios al recurrente". El motivo de revisión que en este numeral se contempla supone dos condiciones: a) Que haya habido "colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes" que lo fueron en el proceso en que fue dictada la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario, y b) que la conducta ilícita de que se trata "haya causado perjuicios al recurrente".

La colusión es el acuerdo malicioso de las partes de un proceso en perjuicio de otra o de un tercero. La eventualidad de su realización en el proceso revisado está claramente por fuera de las previsiones del numeral 6 del artículo 380, toda vez que los supuestos fácticos en que se funda la demanda por revisión contempla dos situaciones, el acuerdo malicioso de Teresa Niño con una testigo, mucho antes de iniciado este proceso que no puede llamarse colusión por no intervenir la otra parte, o las maniobras exclusivas de aquella, la actora, en el proceso de pertenencia. Esa conducta, aisladamente considerada, sin acuerdo con persona alguna, como un acto puramente personal de un litigante, ¿está comprendida en la causal sexta analizada?, indudablemente sí. Cuando el Código de Procedimiento Civil emplea la expresión "maniobra fraudulenta de las partes", hay que entender que la conducta censurable puede proceder de una o ambas partes, pero no necesariamente del acuerdo de éstas, pues en tal evento la expresión usada sería "entre las partes" en vez "de las partes", empleada por el legislador. El engaño procesal, las maniobras fraudulentas, pueden ser, pues, obra de una sola de las partes, o de ambas. Dicho lo anterior, es necesario analizar si la conducta procesal de la demandante Teresa Niño, aisladamente analizada, sin el concurso de la otra parte, puede calificarse como fraudulenta.

Se le imputa a la Niño el haber demandado a personas indeterminadas como titulares del derecho de dominio que ella pretendió haber adquirido por prescripción, cuando era evidente que sabía que las personas en cuya cabeza estaba el título de dominio anterior eran precisamente los hoy demandantes en revisión, dado que, sin la menor duda, ese título, consistente en la escritura de venta de Rubén Alonso Salinas a Daniel Azuero y Nelly Andrade fue cuestionado directamente por la prescribiente mediante denuncia de falsedad. Y, además, la Niño viuda de Niño se enfrentó en un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho con las mismas personas que hoy pretenden la revisión. En tales condiciones

no fue una conducta procesal correcta haber demandado en pertenencia a personas diferentes, que quizás pudieron haber sido dueñas antes de las con quien la Niño se disputó arduamente el inmueble. Finalmente se le enrostra haber solicitado un certificado de propiedad y libertad afirmando que quien debía aparecer como titular del derecho de dominio era Ezequiel Albarracín, cuando sabía perfectamente que el último título inscrito era exactamente el que ella había denunciado penalmente como falsificado, muy distinto del que pudo haber tenido a su favor Albarracín, amén de haber citado ante el Registrador el número de la cédula catastral, cuando ha debido citar el folio de matrícula inmobiliaria. Toda la conducta indebida de la Niño está suficientemente acreditada tanto en el proceso revisado como en el de revisión.

La maniobra fraudulenta está probada. Tenía por objeto impedir que quienes figuraban como titulares del derecho de dominio pudieran defenderse en el proceso de pertenencia, con lo cual les causa necesariamente un perjuicio.

Las maniobras de la usucapiente, consistentes en no haber demandado a quien ella sabía como titular de un derecho, en haber solicitado un certificado de registro indicando el número de la cédula catastral, en vez del número del folio de la matrícula inmobiliaria, y al haber ocultado ante el juez en su demanda que había tenido varias controversias sobre el inmueble usucapido con la persona que hoy pretende la revisión, cumplieron su objetivo de impedir una adecuada defensa por parte de quien tenía el máximo interés en oponerse a la acción de pertenencia. Desde luego las maniobras fueron idóneas por la actitud negligente del funcionario de primer grado, toda vez que cuando voluntariamente se presentó como opositor, alegando su calidad de acreedor hipotecario, Félix Octavio Méndez, éste acompañó su solicitud de un certificado de propiedad expedido en fecha muy cercana a la de la formulación de la oposición. En este momento, obrando en el proceso el certificado que no se presentó con la demanda, era deber imperioso del juez *a quo* ordenar la citación de quienes en ese certificado figuran como dueños, Luis Daniel Azuero y Nelly Andrade (véase folio 4 del cuaderno número 3 del proceso de pertenencia). Lamentablemente el juzgado de primera instancia, el Quince Civil del Circuito de Bogotá, siguió tramitando el asunto como si nada hubiese ocurrido, conducta agravada por la circunstancia de que cuando ante el hecho cumplido de la opo-

sición se dictó sentencia, ni siquiera se mencionó en esa pieza procesal el hecho de la oposición del acreedor hipotecario ni mucho menos la existencia en el proceso del certificado de registro que no se acompañó a la demanda, pero sí al memorial de oposición.

Llegado el proceso al Tribunal por apelación de la sentencia interpuesta por el tercero opositor, el *ad quem* tampoco advirtió ninguna anomalía. Sobre el particular dice la demanda de revisión: "Todo lo anterior produce en la mente del Magistrado sustanciador de la pertenencia en segunda instancia dudas insalvables sobre la legalidad de la actuación, advierte colusión o fraude en el proceso y en aplicación del artículo 58 del Código de Procedimiento Civil hace un llamamiento ex officio a los señores Luis Daniel Azuero y Nelly Andrade Peña, en tanto considera que pueden resultar perjudicados con la sentencia que hoy se revisa, sin que la citación de estas personas produzca los efectos deseados puesto que nunca llegaron a ser partes procesales" (folio 31 del cuaderno principal del proceso de revisión). Lamentablemente la anterior afirmación del revisionista no corresponde en lo más mínimo a la realidad, no pasa de ser pura imaginación. En modo alguno el Magistrado sustanciador percató la situación. Lo cual es digno de censura. Lo que ocurrió en la segunda instancia fue bien diferente. El 26 de septiembre de 1977, Luis Daniel Azuero y Nelly Andrade le otorgaron poder a un abogado en virtud de memorial que obra al folio 13 del cuaderno de la segunda instancia del proceso de pertenencia. Mediante auto de 25 de octubre de 1977 el Tribunal reconoció al apoderado como tal en los términos y para los efectos en que fue conferido el poder, a saber, para que "nos represente en el proceso de la referencia, ya que somos los legítimos propietarios del inmueble a que hace referencia el proceso". Rituada la segunda instancia el Tribunal dictó la sentencia revisada, que puede catalogarse como de cartabón, toda vez que nada expresó sobre el hecho de haberse presentado y admitido la demanda sin certificado del "Registrador", de obrar en autos tal documento gracias a la oposición formulada por Méndez y de la comparecencia voluntaria de los que figuran como dueños en tal certificado.

De todo lo anteriormente expuesto se infiere que la presencia de las personas que figuraban en el folio de matrícula inmobiliaria era absolutamente indispensable para la iniciación del proceso. Si no se demandó expresamente a quien

figuraba en el certificado, o más exactamente, si no se acompañó con la demanda el certificado de registro, que sí existía, ello se debió a las maniobras de la parte demandante en la pertenencia. La causal de revisión debe, pues, prosperar.

La sentencia de reemplazo. Manda el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, que cuando se encuentre fundada alguna de las causales de los numerales 1 a 6 o 9 del artículo 380, la Corte invalidará la sentencia revisada, como en efecto ha de hacerse en la parte resolutive de la presente providencia, y dictará la que en derecho corresponda para reemplazar la invalidada. A ello se procederá.

Sea pues lo primero entrar al examen de los presupuestos procesales en forma oficiosa, toda vez que su examen previo por parte del superior es su obligación, así el tema no haya sido objeto del recurso de apelación. Lo anterior por cuanto la existencia de todos los presupuestos no es cuestión que compete exclusivamente al interés privado de las partes, sino que toca con exigencias previas que oficiosamente se deben decidir porque la adecuada integración de la relación jurídico-procesal pertenece al derecho público de la Nación, pues se funda en las normas que regulan la función jurisdiccional del Estado.

Los requisitos que inexcusablemente han de concurrir en todo proceso para la constitución válida de la relación jurídica procesal, llamados presupuestos procesales, son: jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y demanda en forma. En relación con los primeros no hay reparo alguno que hacer. En cambio, en relación con el último, demanda en forma, es necesario hacer un detenido examen, a lo cual se procede.

Siendo la demanda la pieza fundamental del proceso, la ley de los ritos ordena que se sujete a una serie de exigencias mínimas, consagradas expresamente para toda la demanda en el artículo 75. En el numeral 12 de esa norma se establece como última: "12. Los demás requisitos que el Código exija para el caso". Concordante con lo transcrito, el artículo 413 ibídem empieza diciendo: "En las demandas sobre declaración de pertenencia se aplicarán las siguientes reglas: ...". Y entre las diferentes que esa norma consagra se encuentra la del numeral 5 que dice: "A la demanda deberá acompañarse un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparezca ninguna como tal. Siempre que en el certificado

figure alguna persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella". Dos son, pues, las exigencias contenidas en el transcrito numeral 5, a saber: Que a la demanda se acompañe un certificado del Registrador y que siempre que en el certificado aparezca algún titular de derecho real principal la demanda se dirija contra él. Las dos exigencias son, pues, de forma (acompañar la demanda del certificado) y de fondo (demandar precisa y necesariamente a quien figure en el mismo). Ambos requisitos son fundamentales, primero porque la ley los exige, segundo porque produciendo la sentencia en los procesos de pertenencia efectos erga omnes, según el numeral 11 del mismo artículo que es una excepción a la regla general del artículo 17 del Código Civil, es preciso vincular al proceso a las personas en quienes se presume el mayor interés en contradecir legítimamente la pretensión del poseedor. Grave es que existiendo un titular de derechos reales registrados, a sus espaldas se tramite y decida en forma definitiva un proceso que por producir efectos no solamente frente a quienes fueron parte en el proceso sino respecto de todos, extinga en forma definitiva su derecho real registrado sin que hubiese tenido oportunidad de defensa.

Establecidas las premisas anteriores, pasemos al caso de autos. Ciertamente no se acompañó a la demanda un certificado del Registrador sobre quiénes son los titulares de derechos reales sobre el bien usucapido, sino un certificado sobre que, para entonces (noviembre de 1973), "la oficina no posee libros que faciliten averiguar quiénes o quién es el propietario de determinado inmueble y si su inscripción o registro ha sido cancelado por alguno de los medios establecidos en el artículo 789 del Código Civil ..." (folio 12 del cuaderno principal del proceso de pertenencia). No era ese, ciertamente, el certificado que se ha debido acompañar a la demanda. Corolario de lo anterior es que esta no ha debido aceptarse por el defecto anotado. Y no es que se le esté brindando un tributo innecesario a las formas procesales, sino que la violación de la norma que exige la presentación de ese certificado conlleva el agravante de impulsar un proceso de pertenencia con la ausencia de la persona o personas que realmente estaban interesadas, facultadas y probablemente armadas probatoriamente para controvertir legítimamente la pretensión del demandante.

No se diga que la obligación de llevar el certificado del Registrador tiene operancia cuando

existen titulares de derechos reales registrados, pero que en el caso de autos no existían, según la certificación que se acompañó a la demanda. No sería de recibo tal argumento, primero porque el certificado del registrador que se presentó como anexo al libelo demandatorio no dice en parte alguna que no existen titulares de derechos reales, sino que no hay libros que permitan certificar en forma fácil, cosa bien distinta; segundo, porque realmente sí hay esos titulares, como quedó plenamente demostrado mediante el certificado del registrador que el acreedor hipotecario presentó en la primera instancia para fundamentar su oposición. Si esos titulares existían, como en efecto existen, y lo son precisamente los que han promovido el presente proceso de revisión, eran ellos necesariamente los que han debido ser los directos demandados.

En la demanda que dio origen al proceso de pertenencia no se cumplieron, pues, dos requisitos fundamentales: no se anexó el certificado que exige la ley y no se demandó a quien ha debido demandarse. Esa demanda es, pues, inepta. Y como tal el juzgado a quo no ha debido aceptarla, pero una vez mal aceptada, ha debido declararse inhabilitado para fallar de mérito por falta de ese presupuesto procesal. Como así no se hizo, habiendo debido hacerlo, es el caso ahora, al dictar la sentencia de reemplazo, hacer el anterior pronunciamiento.

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. DECLÁRASE fundada la causal sexta de revisión propuesta por la parte demandante en este proceso extraordinario de revisión.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, INVALIDÁSE la sentencia revisada, que lo es la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de junio de 1978, dentro del proceso de pertenencia de Teresa Niño viuda de Niño, contra Ezequiel Albarraeín.

Tercero. Para reemplazar la sentencia declarada sin valor, PROCÉDESE a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada en el proceso de pertenencia, con la fecha 4 de mayo de 1977, por el Juzgado Quince Civil del Circuito de esta ciudad. Al efecto, revócase la sentencia apelada y en su lugar declárase que en el proceso de per-

tenencia faltó el presupuesto procesal demanda en forma y por tal razón se decide que la jurisdicción está *inhibida* para dictar sentencia de mérito que decida el litigio de pertenencia. Costas de las instancias a cargo de la demandante en pertenencia.

Cuarto: COMUNÍQUESE esta decisión al señor Registrador de Instrumentos Públicos de esta ciudad para que en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente haga la cancelación del registro de las sentencias de primero y segundo grados que por virtud de la presente providencia han quedado sin valor, así como el registro de la demanda que dio lugar a este proceso de revisión.

Quinto. DECRETÁSE la cancelación de la caución prestada por los revisionistas para efecto

del trámite del recurso. Háganse las comunicaciones del caso.

Sexto. DEVUÉLVASE el proceso de pertenencia al juzgado de origen. El de pertenencia archívese en la Corte.

Séptimo. SIN COSTAS en el recurso de revisión por haber prosperado.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

NULIDAD DEL TESTAMENTO

La libertad individual que señorea en el campo de las sucesiones mortis causa no es absoluta. El legislador impone restricciones no sólo en cuanto a la distribución de los bienes, sino a la manera como ha de expresarse la voluntad del testador. La omisión de cualquiera de las formalidades del testamento solemne acarrea su nulidad, a pesar de que no exista duda acerca de la identidad del testador ni sobre el contenido de su última declaración de voluntad. Así ninguna de las personas que deben presenciar el otorgamiento del testamento nuncupativo, testador, testigos, notario, puede dejar de firmar en ese instante el acto testamentario para hacerlo días después.

La teoría del error común inexcusable en materia testamentaria se limita a las inhabilidades de los testigos enlistados en el artículo 1068 del Código Civil.

(Con salvamento de voto de los Magistrados, doctores Humberto Murcia Ballén y José María Esguerra Samper).

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

Bogotá, 28 de septiembre de 1982.

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de marzo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este proceso ordinario, suscitado por Dolores Norris de Gallego contra Carmen Emilia Giraldo en su calidad de heredera testamentaria de Hernando Gallego Norris.

I *El litigio*

1. En demanda que fue admitida el 30 de octubre de 1979 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia, Dolores demandó a Carmen Emilia, a fin de que se declarase que la memoria testamentaria supuestamente otorgada por Hernando Gallego Norris, contenida en la Escritura Pública número 174 de 9 de marzo de 1977, de la Notaría Primera del Círculo de Armenia, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de esa ciudad el 13 de abril del

mismo año, es nula; que, consecuentemente, se oficie al Notario Primero de Armenia y al Registrador de la misma localidad, para que cancelen la escritura pública contentiva del testamento y su registro; que se oficie al Juez Segundo Civil del Circuito de Armenia, despacho en el que cursa el proceso de sucesión testada de Hernando Gallego Norris, “comunicándole el contenido de la sentencia declarativa de nulidad del testamento”; y para que se ordene el reintegro de los bienes herenciales a favor de la heredera universal Dolores Norris de Gallego si aquellos han entrado en haber patrimonial de Carmen Emilia.

2. Como causa de las pretensiones se afirmó en síntesis, lo siguiente:

a) Hernando Gallego Norris, hijo legítimo del finado Ricardo Gallego y de Dolores Norris, falleció en Armenia el 30 de octubre de 1978 sin dejar descendientes. Por tanto, *ab intestato*, su única heredera es su madre;

b) Carmen Emilia Giraldo, instituida heredera de una cuarta en el testamento otorgado por Hernando Gallego por medio de la Escritura número 174, otorgada el 9 de marzo de 1977, de la Notaría Primera de Armenia, demandó la apertura del proceso de sucesión de aquél con la primera copia que de esa escritura se expidió:

c) Dicha primera copia, suscrita por el Notario el 14 de marzo de 1977 en reproducción fotostática del original, "no tenía, por la fecha en que se expidió, la firma y nombre del notario que debió presenciarse el *acto testamentario* . . .", pues únicamente aparece su firma después en la copia misma;

d) En esa primera copia, además se ve la antefirma "de supuesto testador y de los testigos" y "no tiene la reproducción de la estampilla número 005993579 de timbre nacional por valor de \$ 100.00, ni tampoco el sello notarial que la anula";

e) No obstante todo lo anterior, en una segunda copia de esa Escritura número 174, también expedida en reproducción fotostática, no aparecen los señalados antenombres o antefirmas y sí figuran la estampilla número 005993579 de timbre nacional, el sello notarial y la firma del notario, "visible a los renglones 19 a 25 de la margen izquierda, junto con el sello húmedo de caucho que reproduce el sello notarial". En consecuencia, cotejando la primera copia (la que sirvió para abrir el proceso de sucesión de Gallego Norris) con la segunda copia de la misma, se concluye irremediamente "que el testamento, en el supuesto *acto del otorgamiento*, no fue presenciado por el Notario y mucho menos lo suscribió en el acto, como lo ordena el artículo 1075 del Código Civil, y es por ello que cuando expidió la *primera copia*, ni su firma, ni su sello notarial, aparecen en la reproducción fiel que él mismo certifica se trata del *original*. Todo con fecha 14 de marzo de 1977".

3. Carmen Emilia Giraldo se opuso a las pretensiones de la demandante, alegando que el testamento fue efectivamente otorgado por Hernando ante el Notario Primero de Armenia y ante los testigos Carlos Eduardo Alvarez, Luis Eduardo Parra y Reinaldo Gil Pinto.

4. Cursando el proceso ordinario, se citó a Jorge Arango Mejía en su condición de cesionario del 50% de los derechos herenciales de Carmen Emilia Giraldo, quien se opuso igualmente a las súplicas del libelo y negó los hechos esenciales en él firmados.

5. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Armenia dictó la sentencia del 22 de octubre de 1980, en que denegó la nulidad del testamento y decretó "la nulidad de las copias de la escritura mencionada en el numeral 1º", que obran en el proceso sucesorio de Hernando Gallego Norris.

Apelado ese fallo por ambas partes, el Tribunal lo reformó en su sentencia del 28 de marzo de 1981, así: confirmó la negativa de nulidad del testamento y revocó la declaración de nulidad de las copias, lo mismo que la condena en costas a los demandados, la que, en su totalidad, impuso a la parte actora.

II

Fundamentos del fallo de segundo grado

1. Luego de compendiar la cuestión litigiosa acomete el Tribunal el estudio de la probatoria para llegar a la conclusión de que la "primera y fiel copia", con fundamento en la cual se ordenó la apertura del proceso de sucesión de Hernando Gallego, no es la misma que aparece en el protocolo de la Notaría y que presentaron posteriormente las partes al sucesorio, por cuanto en la primera figuran escritas a máquina las antefirmas del testador y los testigos instrumentales, al paso que en la que figura en la Notaría, no aparecen. Las firmas autógrafas sí son las mismas, por lo cual las antefirmas fueron puestas con posterioridad a la confección del testamento. Agrega luego que en esa copia, además, las estampillas y sello que allí figuran no corresponden al "texto del protocolo". Por último dice que los expertos concluyeron "que en la copia de la Escritura número 174, expedida el 14 de marzo de 1977 brilla por su ausencia 'la firma del Notario Guillermo Angel A. con la cual se debía suscribir el acto testamentario una vez firmado por todos los que aparecen en él'".

2. Sentadas las anteriores premisas probatorias, el juzgador estima indispensable indagar sobre "la validez del acto testamentario del señor Gallego Norris, dejando por sentado, que posteriormente fue suscrito por el Notario y así consta en el protocolo de la Notaría, como se desprende de la segunda copia expedida el 22 de febrero de 1979".

Y con ese criterio analiza el *ad quem* los requisitos formales del testamento solemne o abierto a la luz de los artículos 1070 a 1075 del Código Civil; transcribe jurisprudencia de la Corte y una opinión doctrinal sobre la materia, para concluir que "si el artículo 1072 del Código Civil determina lo que constituye esencialmente el testamento abierto, allí quedan circunscritas las solemnidades *ad substantiam* que son en definitiva las que le dan valor al acto testamentario, sin que el hecho de que el Notario no haya firmado dicha memoria testamentaria una vez terminó el acto, tal como lo prescribe el artículo 1075 del

mismo Código invalide la memoria, si se tiene en cuenta que se llenaron a cabalidad las otras exigencias, esto es la presencia del Notario y su lectura en alta voz al testador y los testigos, tal como lo expresa el funcionario en su declaración . . ., lo mismo que el testigo Carlos Eduardo Alvarez (folios 2/4, cuaderno 2º) y ésta es prueba que conserva toda su validez por cuanto no ha sido desvirtuada”.

3. Enseguida recalca el *ad quem* que aun cuando existan las discrepancias anotadas entre la primera fotocopia expedida el 14 de marzo de 1977 y “la que aparece en el protocolo de la Notaría”, “la escritura matriz que figura en el protocolo de la misma ostenta las firmas correspondientes”. De todo lo cual deduce que “el contenido de tales instrumentos es el mismo y que la tardanza por el Notario en firmar una escritura no constituye causal de nulidad” y ello es, a fin de cuentas, lo que aquí interesa.

En apoyo de su afirmación nuevamente transcribe el Tribunal el criterio expuesto por la Corte, referente a una situación similar a la que plantea el proceso y dice después que el acto testamentario otorgado por Hernando Gallego Norris es válido, “no obstante la falta de firma del Notario en la primera copia que se expidió y las diferencias anotadas por los peritos, las cuales en nada afectan el querer del testador, que es a fin de cuentas lo que protege la ley”. En esa doctrina transcrita por el sentenciador dijo la Corte que la mera tardanza del Notario en firmar el original de una escritura de compraventa no produce la nulidad de ésta si por otra parte esa firma se estampó y en los autos obra una copia auténtica que así lo acredite.

4. Posteriormente estudia el sentenciador lo relativo a la nulidad decretada por el *a quo* “de la primera y segunda copias del citado testamento”, y expresa que ella no fue pedida en la demanda. Y con apoyo en el artículo 43 del Decreto 1250 de 1970 y en los Decretos 208 y 1265 de 1975, estima que la inscripción de la memoria testamentaria de Gallego Norris “se realizó con copia de la escritura no firmada por el Notario, pero sí entregada por éste y autorizada con su firma el 14 de marzo de 1977”.

Para estudiar la legalidad del citado registro, se refiere el Tribunal a la teoría “del error común como fuente de derecho”, pero no sin reconocer que esa institución jurídica es un caso de excepción en el campo de las nulidades”. Con apoyo en ella dice que “no solamente la de-

mandada . . ., sino los distintos apoderados que han actuado en el proceso, el mismo Registrador que la registró sin la firma del Notario, el juez del conocimiento y en fin todas las personas que han tenido que ver con este tan discutido asunto” han incurrido de buena fe en error invencible; criterio que refuerza con jurisprudencia expuesta por la Corte en un evento similar.

Como corolario de lo anterior, afirma el Tribunal que es el caso de decretar la nulidad del registro.

III

El recurso de casación

Dentro de la órbita de la causal primera de casación, el impugnador formula tres cargos, de los que la Corte sólo despachará el primero por encontrarlo próspero.

Cargo primero. En este se denuncia quebranto directo, por interpretación errónea, de los artículos 1067, 1070, 1072, 1073, 1074 y 1075 del Código Civil; por aplicación indebida, los artículos 3º, 9º, 12, 14, 35, 38, 40 y 100 del Decreto 960 de 1970 y 1055 del Código Civil; además, de los artículos 18, 22, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970; 1º del Decreto 208 de 1975 en concordancia con el 4º del Decreto 1265 de 1975; 42 del Decreto 2163 de 1970; por último, y por falta de aplicación, de los artículos 11 de la Ley 95 de 1980, 85 de la Ley 153 de 1887, 19 de la Ley 45 de 1936, inciso 4º, 2º de la Ley 50 de 1936, 1008, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 946, 947, 948, 949, 952, 956, 961, 1526, 1740, 1741, inciso 1º, 1746, 1748 y 1500 del Código Civil.

Comienza el casacionista por recordar que el Tribunal, en las motivaciones de su fallo, encuentra cabalmente demostrado que el Notario Primero de Armenia, en la fecha en que expidió la primera copia de la Escritura número 174 del 9 de marzo de 1977, no había firmado el original de ese instrumento, lo que se produjo posteriormente como aparece de la segunda copia de la misma, expedida el 22 de febrero de 1979.

Y recuerda que, partiendo de ese supuesto, el Tribunal no puso en duda la validez de la memoria testamentaria de Gallego Norris “al sostener que las formalidades legales con las cuales debe otorgarse el correspondiente acto testamentario se encontraban cumplidas . . .”.

Con el propósito de precisar los yerros jurídicos que atribuye a la sentencia que combate y luego de anotar, con apoyo en los artículos 1064

y 1066 del Código Civil, que el testamento abierto es siempre solemne, el censor asevera que “por ser una declaración ante el notario adquiere además las características propias de toda escritura pública, documento que no es necesario para todos los testamentos abiertos” como lo preceptúa el artículo 1071 del Código Civil. De donde concluye que: “si bien el testamento abierto otorgado ante el Notario y tres testigos adquiere características de escritura pública, ello no implica que todo testamento abierto o nuncupativo se convierta exclusivamente en escritura pública con todas las formalidades propias de ésta y pierda su fisonomía”; “... lo cual significa que además de las características propias de este documento, debe el testamento reunir las formalidades específicas que el Código Civil señala para su otorgamiento válido”.

Luego enumera las formalidades inherentes al acto testamentario otorgado ante el Notario y tres testigos, pero exclusiva e individualmente considerado respecto de la escritura, de acuerdo con los artículos 1070 a 1073 *ibídem*, destacando que “*para poder terminar el acto*, el cual debe ser presenciado íntegramente por las personas comparecientes y el Notario, *sea firmado el testamento por el testador, los testigos y el Notario*, a la luz de lo señalado por el artículo 1075, inciso 1º del Código Civil”.

Sobre este supuesto, el recurrente asegura que el *ad quem*, interpreta erróneamente los artículos 1070 a 1075 *ibídem*, “cercenando” su alcance, cuando considera que “el acto testamentario adquiere plena validez simplemente cuando el testador haga sabedor de sus disposiciones a los testigos y al Notario cuando hubiere éste ... previa lectura del mismo ...”, y cuando dice “que el cumplimiento del artículo 1075 no es una formalidad esencial del testamento”.

“Peca el Tribunal en tal interpretación —agrega—, puesto que el artículo 1075 aplicable al caso, habla de la terminación del acto testamentario, texto que no puede desmembrarse, como lo quiere hacer el Tribunal, dándole otra interpretación, diciendo simplemente que los requisitos *ad substantiam* se encuentran completos una vez se haya dado cumplimiento a lo señalado en el artículo 1074 del Código Civil en concordancia con el 1072. Cronológicamente, *haciendo parte de un todo inseparable en el tiempo*, el Código Civil ha dispuesto la forma como debe llevarse a cabo el otorgamiento del testamento abierto ante Notario y tres testigos, actividades

todas tendientes a lograr la solemnización del testamento”.

Después señala la censura que por el enunciado error de interpretación el fallador aplicó indebidamente las normas del Decreto 960 de 1970, que “regula todo lo pertinente a la extensión, otorgamiento y autorización de las escrituras públicas”, “condiciones con las cuales llegó a la conclusión que dado que se trataba de una escritura pública común y corriente, el Notario a la luz de los artículos 40 y 100 del mencionado decreto podía firmarla en cualquier momento”.

Agrega el recurrente que no discute “acerca de la nulidad de la escritura pública, como documento que es”, sino “la nulidad del mencionado acto testamentario, como acto jurídico”; recuerda que “el testamento abierto, es de manera excepcional, una escritura pública”, e insiste en que las firmas del testador, de los testigos y del Notario, si lo hubiere, son sustanciales al testamento, pues que sin ellos éste “*no se habrá solemnizado, no habrá nacido a la vida jurídica, será nulo absolutamente, o inexistente*”.

Posteriormente afirma el casacionista que, cuando el sentenciador dio efectos plenos al registro efectuado sobre una primera copia no firmada por el notario, aplicó indebidamente los artículos del Decreto 1250 de 1970, 1º del Decreto 208 de 1975 y 4º del Decreto 1265 de 1975, ya que dio pleno efecto jurídico a documentos registrados en forma irregular.

Toca el impugnador, por último, “la teoría del error común como fuente de derecho”, la que considera impertinente para el caso *sub iudice*, pues, dar “aplicación a tal teoría ...”, no sólo constituye un premio a quien ha actuado así, como es el Notario, sino que, abre las puertas a volver excusable lo que por su naturaleza no lo es”.

La Corte considera

La libertad individual señorea de tal manera en el campo de las sucesiones mortis causa, que el propio Código en su artículo 1037 estableció la subsidiaridad de la ley en esta materia. Es la voluntad del de cujus la que rige, en principio, el vasto ámbito de las sucesiones por causa de muerte. Sólo a falta de disposiciones del testador, o en presencia de las que no han tenido efecto, o de las contrarias al derecho, entran las leyes a reglar la sucesión en los bienes del difunto. La norma suprema es, pues, en estos asun-

tos, la voluntad del causante; la ley aquí tiene un carácter subsidiario.

Pero el principio no es absoluto.

El legislador concede plena libertad para disponer de sus bienes, a quienes carecen de asignatarios forzosos, sin que tengan que reservar ninguna porción para un destino determinado. En cambio, quienes tienen legitimarios entre sus sucesores, sólo son libres para disponer de una cuota de sus bienes. Así, quien tiene legitimarios con calidad de descendientes puede disponer con plena libertad, únicamente de una cuarta parte, que por ello se ha denominado cuarta de libre disposición y obligatoriamente debe respetar una mitad para sus legitimarios con derecho a suceder, y con la cuarta restante ha de mejorar, a su libre albedrío, a quien tenga calidad de descendiente suyo. Y el testador que tiene legitimarios, que no ostenten calidad de descendientes, puede libremente disponer de una mitad del total, pues la otra mitad ha de respetársela siempre a sus legitimarios mencionados.

Es claro que en la tutela de las asignaciones forzosas, y en especial de las legítimas y de la cuarta de mejoras, está comprometido el orden público de la Nación, desde luego que el bien jurídico protegido mira a la organización de la familia, célula fundamental del Estado.

Pero las restricciones a la libertad de testar no sólo se refieren a la distribución de bienes, sino también a la manera como ha de expresarse la voluntad del testador. El legislador, para impedir deformaciones y cambios de la última voluntad del disponente, impuso que ésta debe siempre manifestarse de manera solemne, unas veces con más solemnidades que otras, pero en todo caso con alguna solemnidad. Tal la razón para que el artículo 1055 del Código Civil diga que el testamento es un acto más o menos solemne. Las solemnidades abundan o disminuyen según se trate de testamento solemne o privilegiado.

La memoria testamentaria que el legislador ha denominado solemne, como lo expresa el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, es nula si en ella se omite "cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse", salvo las excepciones que la misma norma contempla. Quiere, pues, el legislador que la declaración de última voluntad se manifieste con el lleno de todas las formalidades que él no permite que se omitan. En caso contrario, el testamento es nulo, pues la omisión de "cualquiera de las formalidades dichas" genera nulidad

dad a tono con lo que se dispone por el artículo 11 de la Ley 95 de 1890.

Es consecuencia de lo anterior que, a pesar de que no exista duda sobre la identidad del testador y sobre el contenido de la declaración de su última voluntad, el testamento abierto otorgado ante notario será nulo, por ejemplo, si se otorga ante sólo dos testigos; o si no es leído en alta voz por el notario o si lo es por otra persona; si, pudiendo, no lo firma el testador; o si no lo firma por no saber o no poder y se omite expresar allí esta circunstancia; o si, tratándose del testamento del ciego, no se hace constar en él que fue leído dos veces, una por el notario y otra por el testigo designado por aquél; o si esta doble lectura se hace sólo por el testigo o sólo por el notario. En una palabra, el testamento es nulo si se omite cualquiera de las formalidades prescritas para él, con la sola excepción de las indicadas en el artículo 1073 del Código Civil.

Si el testamento nuncupativo otorgado ante notario, es acto que debe ser presenciado en todas sus partes por el testador, por unos mismos testigos y por un mismo notario, y si, al decir del artículo 1075 citado, "termina el acto por las firmas del testador y testigos y por la del notario", resulta patente que ninguna de estas personas puede dejar de firmar en ese instante para hacerlo días después. Desde luego que el acto testamentario termina o se cierra con esas firmas, es evidente que el hecho de estamparlas es parte del propio acto y tiene que desarrollarse a continuación de la lectura del testamento, sin que sea lícito al notario suspender su firma para días después.

El testamento, según lo dispone el artículo 1072 ibídem, "será presenciado en todas sus partes" por el testador, por un mismo notario y por unos mismos testigos, y como la suscripción del mismo por éstos es parte del acto testamentario, si para entonces el notario no lo firma, sino que lo hace cuando ya dejaron de presenciarlo el testador o los testigos, en tal evento se incumple con la formalidad consistente en que el testamento sea presenciado en todas sus partes por testador y testigos, con lo cual se omite también la solemnidad impuesta por el artículo 1072.

De todo lo anterior fluye que es nulo el testamento solemne otorgado ante notario cuando éste no lo firma al terminar el acto testamentario, sino días o meses después.

De otro lado, la teoría del error común inexcusable no puede tener, en el campo de las so-

lemnidades del testamento, la aplicación que le da el Tribunal ad quem, ya que el mismo legislador la limitó en esta materia a las inhabilidades de los testigos enlistadas en el artículo 1068 del Código Civil, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 1069 *ibídem*, cuyo texto es el siguiente:

“Si alguna de las causas de inhabilidad, expresadas en el artículo precedente, no se manifiestare en el aspecto o comportamiento de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo.

“Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos”.

Descendiendo al caso concreto de este litigio se tiene que, como está plenamente demostrado, el Notario de Armenia no firmó en presencia del testador y los testigos la memoria testamentaria que otorgó Hernando Gallego Norris el 9 de marzo de 1977, pues su firma la estampó después del 14 del mismo mes. Por tanto, el acto testamentario terminó sin la firma del Notario, y cuando éste la estampó tardíamente ya no lo hizo en el mismo acto y en presencia del testador y los testigos.

Brota, como conclusión de lo expuesto, que ha de casarse la sentencia impugnada y dictarse la de reemplazo, a lo cual se procede teniendo como fundamento las mismas consideraciones que llevaron a aniquilar el fallo del *ad quem*.

Entre las solemnidades que el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 no permite que se omitan en el testamento abierto otorgado ante notario, están la de que ese acto, *in integrum*, “en todas sus partes”, es decir, hasta cuando termine, debe ser presenciado por el testador, por un mismo notario y por unos mismos testigos (artículo 1072, inciso 2º del Código Civil), y la de que el propio acto del otorgamiento de la memoria testamentaria finaliza con las firmas del testador y testigos y con la del notario (artículo 1075, inciso 1º *ibídem*). Por ende, si parte íntegramente del otorgamiento de toda memoria testamentaria es la de su firma, no sólo por testador y testigos, sino de la misma manera por el notario, es evidente que cuando aquéllos no presencian el acto en que el notario suscribe ese instrumento público, no puede afirmarse que esas personas presenciaron el testamento “en todas sus partes”. Además, si

el acto del otorgamiento termina con las firmas de testador y testigos únicamente y se omite la del Notario, así se insatisface la formalidad consistente en que con aquéllos debe también firmar el Notario al momento de terminarse el acto de otorgamiento de la memoria, y no después.

Como en el caso que se estudia se acreditó que testador y testigos no presenciaron todas las partes del testamento, y como el Notario no firmó al terminar el acto de otorgamiento, sino muchos días después, conclúyese que dejaron de cumplirse solemnidades impuestas por los artículos 1072 y 1075 del Código Civil, por lo que han de acogerse las súplicas de la demanda, desde luego que, además, Dolores Norris de Gallego ha demostrado ser heredera *ab intestato* del causante, en su condición de madre legítima.

V Resolución

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, CASA la sentencia del 28 de marzo de 1981, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en este proceso ordinario promovido por Dolores Norris viuda de Gallego frente a Carmen Emilia Giraldo y otro, y, en su lugar,

Falla:

1º REVÓCASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia el 22 de octubre de 1980.

2º DECLÁRASE la nulidad del testamento de Hernando Gallego Norris, contenido en la Escritura número 174, pasada el 9 de marzo de 1977 en la Notaría Primera del Círculo de Armenia.

Por tanto, líbrese despacho al Notario Primero y al Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia para que, respectivamente, cancelen la escritura y el registro de la misma.

3º DÉSE cuenta al Juez Segundo Civil del Circuito de Armenia sobre el contenido de este fallo, lo mismo que a la Superintendencia de Notariado y registro.

4º LOS DEMANDADOS deben restituir a la demandante, como heredera universal de Hernando Gallego Norris, los bienes que posean de la sucesión de éste.

5º CONDÉNASE a los demandados a pagar a la demandante las costas causadas en las dos instancias del proceso.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto

Magistrados: doctores José María Esguerra Samper y Humberto Murcia Ballén.

Consignamos enseguida las razones que nos llevan a disentir respetuosamente de lo decidido por la mayoría de la Sala.

Es notorio el empeño del legislador en facilitar a las personas la manifestación de su última voluntad y garantizar la autenticidad de la misma. Para lograr lo primero, la ley consagra diversas maneras de testar, solemnes o menos solemnes, abiertos o cerrados, con o sin intervención de notario, utilizando o no la forma escrita, hasta llegar a los testamentos privilegiados en que las solemnidades se reducen al mínimo, dadas las circunstancias excepcionales en que se halle el testador (artículos 1055 y 1064 del Código Civil).

“La variedad de formalidades externas exigidas por nuestra ley para el acto testamentario —ha dicho la Corte— se justifica tan sólo como un medio necesario para proteger la independencia del testador y la autonomía de su voluntad” (LIV, página 36). Sin embargo también ha dicho que “la ley, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada día más a salvar la voluntad del testador, para que ésta prevalezca sobre los ataques sobrevinientes por herederos que se crean defraudados en sus aspiraciones” (LIII, página 613). En el mismo sentido entre muchas otras, LVIII, página 71; XCII, páginas 369 y 20 de febrero de 1968, aún sin publicar).

“La jurisprudencia, en lo tocante a la validez y eficacia o la nulidad de los testamentos, se orienta cada día más hacia un criterio de amplitud, en el sentido de proteger el consentimiento del testador en cuanto no se oponga a disposiciones de la ley, y el mismo legislador ha atenuado el rigor de los antiguos principios, con el fin de

rodear de mayores garantías el respeto y el cumplimiento de la voluntad de aquel, para hacer más efectiva la libertad de testar” (LIII, página 366).

Sentadas estas bases jurisprudenciales, reiteradas por la Corte en numerosas ocasiones, conviene destacar que en el caso presente se hallan fuera de discusión la autenticidad del testamento, la sanidad mental de su otorgante y el cumplimiento de los requisitos esenciales de aquel acto que establece el artículo 1072 del Código Civil, así: “Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al notario, si lo hubiere, y a los testigos. El testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos”.

El motivo que a juicio de la mayoría de la Sala comporta la nulidad del testamento abierto otorgado ante el notario por Hernando Gallego Norris el 9 de marzo de 1977, se reduce a que el notario no lo firmó cuando lo hicieron el testador y los testigos, sino algún tiempo después. De ahí deduce que se desatendió lo que ordena el artículo 1075 del Código Civil y que por tanto el acto es nulo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley 95 de 1890 y 1740 y 1741 del Código Civil.

El citado artículo 1072 no dispone en forma clara e inequívoca que la firma del notario deba ser estampada, en cuanto al tiempo se refiere, inmediatamente después de que el testador y los testigos lo hayan hecho. Bien puede significar también que ese funcionario no puede firmar *antes* de éstos, no sólo por el aspecto temporal, sino también por lo que respecta a la ubicación misma de la firma en el cuerpo del instrumento.

El Tribunal al interpretar el citado artículo 1075, en el sentido de que la demora en que incurrió el notario en firmar el testamento impugnado no constituye motivo de nulidad de éste, tuvo en cuenta lo que muy claramente dispone el artículo 1072 *ibídem*, al expresar qué es lo que constituye esencialmente el testamento abierto. Además acogió y transcribió una sentencia de la Corte proferida en un caso muy semejante y fechada el 4 de septiembre de 1946, que dice: “Cuando a la firma, se halla acertada la conclusión del Tribunal, tanto porque lo que el demandante llama tardanza en ponerla el notario no está erigido por la ley en nulidad, cuanto porque figurando en el proceso una escritura provista

de ese requisito, el sentenciador no puede dene- garse a reconocerla” (XLI, página 55).

A no dudarlo, la anterior transcripción es pertinente para el caso que se analiza, aunque el instrumento a que se refirió la Corte en esa época no fuese, como lo es en el caso *sub judice*, una memoria testamentaria otorgada ante notario y tres testigos.

“En materia de nulidades —dijo la Corte en el año de 1942 y lo reiteró en 1957—, y especialmente en las referentes a los testamentos, el criterio debe ser siempre restricto y jamás de ampliación, por lo grave que es dejar sin fundamentos muy sólidos y sin razones muy evidentes, ineficaz e inoperante la última voluntad del testador” (LIV bis, página 157 y LXXXIV, página 366; CXIII, página 108).

El Decreto extraordinario número 960 de 1970 estatuye en su artículo 40 que “el notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar”. Esta norma confirma la tesis del Tribunal en lo referente a la interpretación que le dio al artículo 1075 del Código Civil, o sea que allí no se ordena que la firma notarial tenga que ser puesta el mismo día y a la misma hora que las de los otorgantes del instrumento, sino apenas *en último lugar*.

Más aún, el artículo 100 del mismo decreto, dispone: “El instrumento que no haya sido autorizado por el notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal. Empero, si faltare solamente la firma del notario, y la omisión se debiere a causas diferentes de las que justifican la negativa de la autorización, podrá el Ministerio de Justicia, con conocimiento de causa, disponer que el instrumento se suscriba por quien se halle ejerciendo el cargo”.

Este precepto prevé muy claramente el caso de que una escritura pública pueda carecer del

requisito esencial, so pena de inexistencia de haber sido autorizada, es decir, firmada, por el notario, a menos que esa omisión obedezca a los motivos que indica el artículo 40 del Decreto 960 atrás transcrito, o sea, a que no se hayan cumplido “los requisitos formales del caso y presentado los comprobantes pertinentes”, o en el caso previsto en el artículo 35 del Decreto extraordinario número 2163 del mismo año. En estos eventos, el notario tiene la obligación de no autorizar el instrumento.

Sin embargo, la ley no prohíbe, sino que antes bien permite que el notario supla posteriormente la involuntaria omisión de firmar una escritura, por olvido u otra causa. Y todavía más, permite también que tal instrumento pueda ser firmado por notario diferente, cuando el que ha debido hacerlo ya no desempeña el cargo, en todo caso con autorización expedida por el Ministerio de Justicia con conocimiento de causa. Así lo dispone el artículo 100 del citado Decreto 960.

El texto legal que se comenta mal puede prohibir que el mismo notario que incurrió en la omisión de firmar la escritura la supla posteriormente, si por el contrario autoriza a su sucesor para que lo haga con la debida autorización. Ni menos aún exige que tal autorización deba impartirse cuando es el mismo notario el que va a firmar la matriz u original de la escritura cuando advierte que ésta no lo fue oportunamente. Tampoco hay por qué considerar inaplicables esos principios propios de una escritura pública a un testamento cuando la solemnidad de éste está constituida precisamente por el empleo de esa clase de instrumento.

Las razones que brevemente dejamos expuestas nos llevan a no compartir el severo criterio de la mayoría y a censurar la conducta del notario que dio lugar a semejante decisión.

Humberto Murcia Ballén, José María Esguerra Samper.

Fecha *ut supra*.

HERMENEUTICA JURIDICA

Error inexcusable. No es por sí solo suficiente para deducirle responsabilidad civil al juez que incurra en él; es necesario, además, que entre el error judicial y el perjuicio sufrido por la parte exista relación de causa a efecto.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 29 de septiembre de 1982.

Procede hoy la Corte a decidir este proceso ordinario de única instancia, instaurado por Jorge García Reyes, contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, José Antonio Almanza Marín y José Gregorio Grisales Velandía.

I *Antecedentes*

1. El abogado Jorge García Reyes, obrando en su propio nombre, en escrito presentado en la Secretaría de esta Corporación el 23 de julio de 1981, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil demandó a los Magistrados José Antonio Almanza y José Gregorio Grisales, integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se los condenase a pagar al demandante los perjuicios ocasionados a éste con la providencia dictada por aquéllos el 5 de marzo de 1981 dentro del ejecutivo laboral de Francisco Tamayo Fierro, contra Luis Ernesto Benavides Villanueva, seguido en el Juzgado de Espinal; y, además, todas las costas procesales.

2. Como *causa petendi* de su pretensión, el demandante invocó los hechos que sustancialmente quedan comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Previa la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, en el cual

se pactó como honorarios la suma de \$ 10.000.00 “y el 25% de los bienes que se adjudiquen al mandante”, el abogado Luis Felipe García adelantó con éxito un proceso de filiación natural y petición de herencia a nombre de su poderdante Luis Ernesto Benavides y en contra de los herederos de José María Benavides Guerrero;

b) Después que el citado profesional obtuvo, como consecuencia del fallo positivo, que a su poderdante le entregaran la casa de habitación número 5-46 de la calle 13 de esa ciudad de Espinal y el lote número 2 de 5 hectáreas, segregado del de mayor extensión denominado “La Aurora”, ubicado en la vereda de Guadualejo de esa jurisdicción municipal, cedió, “por valor recibido”, su crédito correspondiente a los honorarios dichos a Francisco Tamayo Fierro, quien, para la efectividad de la acreencia, inició por los trámites del proceso laboral ejecución contra el sobredicho Benavides Villanueva ante el Juez Civil del Circuito de esa ciudad tolimense;

c) Luego del requerimiento judicial que se le hizo al deudor para que “procediera a otorgar la escritura pública a que estaba obligado, de acuerdo con la cláusula 2ª del contrato de prestación de servicios” a que se hizo alusión, el dicho juzgado libró la orden ejecutiva de pago el 12 de abril de 1977; y como el ejecutado no la cumplió ni propuso excepciones, el 23 de mayo siguiente se dictó sentencia que ordenó llevar adelante la ejecución;

d) En cumplimiento de dicho fallo, el Juez Civil del Circuito que lo había pronunciado procedió, “a nombre y en representación del ejecutado”, a otorgar en la notaría de allí la Escritura Pública número 899 de 14 de diciembre de 1977, por la cual transfirió a favor de Tamayo Fierro “el veinticinco por ciento (25%) de la

casa" N° 5-46 de la calle 13 de Espinal, no se pudo incluir en dicha escritura el traspaso del mismo porcentaje de los derechos sobre el lote número 2 de la antigua hacienda "La Aurora", por cuanto a la sazón se hallaba embargada dentro de una ejecución que con título hipotecario se adelantaba contra el mismo deudor;

e) Entonces el mentado Tamayo Fierro, por negociación celebrada con el aquí demandante García Reyes, cedió a este el crédito restante, o sea el 25% de los derechos de propiedad sobre el lote número 2 mencionado; el juzgado, luego de haber reconocido a este cesionario y como para entonces el embargo que pesaba sobre la finca ya se había levantado, procedió a otorgar en la misma notaría la Escritura Pública número 338 de 21 de junio de 1979, inscrita en el registro de allí el 18 de diciembre siguiente, por medio de la cual, "a nombre y en representación de Luis Ernesto Benavides Villanueva, transfirió a título de venta forzada, a Jorge García Reyes el 25%" de los derechos sobre el precitado lote número 2;

f) Así las cosas, García Reyes cedió a Daniel Góngora el 50% del crédito que se cobraba en la ejecución y que aún se hallaba insoluto, cesión que el juzgado reconoció en enero de 1980;

g) Previo el cumplimiento de las diligencias ejecutivas de embargo, secuestro y avalúo, en prosecución del ejecutivo laboral se llegó a la diligencia de remate de bienes, la que evidentemente se hizo el 7 de febrero de 1980, diligencia en la cual se adjudicó a los citados García Reyes y Daniel Góngora Orjuela, por la suma de \$ 1.155.000.00, el 75% de los derechos que le correspondían al ejecutado Benavides Villanueva en los dos inmuebles tantas veces referidos, o sea la casa de habitación N° 5-46 de la calle 13 de Espinal y el lote número 2, de 5 hectáreas de extensión, segregado de la finca "La Aurora";

h) Como el precio del remate excedió en \$ 230.049.44 el valor del crédito que se cobraba ejecutivamente, según la última liquidación que de éste se hizo, los acreedores rematantes consignaron aquella suma y pidieron la aprobación de la subasta;

i) Para entonces, 11 de febrero de 1980, el ejecutado Benavides Villanueva, por conducto de apoderado, solicitó la declaratoria de nulidad del remate practicado, pues que, dijo, en su realización no se cumplieron las formalidades de publicidad "prescritas en los artículos 524 a 528

del Código de Procedimiento Civil", y porque, de otra parte, al demandado no se le dio oportunidad "para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión";

j) Fundándose en el contenido del artículo 107 del Código Procesal del Trabajo, cuyo texto transcribió, mediante su auto de 18 de febrero de ese mismo año el Juzgado Civil del Circuito de Espinal declaró inadmisibile, y como consecuencia rechazó de plano, el incidente de nulidad propuesto y en su lugar, acogiendo la súplica de los rematadores, aprobó el remate verificado el 7 de esos mismos mes y año, por lo que el acta de la subasta y su auto aprobatorio se inscribieron en el registro de allí el 23 de mayo siguiente, quedando entonces, dice el aquí demandante, "terminado el proceso ejecutivo en mención por pago total de las obligaciones, cuyo cumplimiento se perseguía dentro del mismo";

k) El 18 de septiembre de ese mismo año el ejecutado Benavides Villanueva, actuando ahora por conducto de nuevo apoderado, solicitó que se decretase la nulidad "de todo lo actuado" en el referido proceso ejecutivo laboral, "a partir del auto que ordenó la notificación de la cesión del crédito" o, en subsidio, "desde el auto que libró mandamiento de pago, inclusive". Luego de haberse referido a presuntas irregularidades procesales, resumiendo los fundamentos invocados por él para deprecar la nulidad, dijo el incidentante: "De los hechos anotados se deduce que el proceso en referencia está afectado de nulidad, por cuanto el título ejecutivo adolece de falta de requisitos esenciales para que tenga fuerza ejecutiva; por indebida representación del ejecutado; por haberse dado al proceso un trámite sustancialmente distinto al ordenado por la ley; por mandato expreso del artículo 42 del Código Procesal del Trabajo, por no haberse surtido en audiencia pública toda la actuación";

l) Apoyando jurídicamente su decisión en la preceptiva del artículo 107 del Código Procesal del Trabajo, conforme al cual en los procesos ejecutivos "no cabrán incidentes ni excepciones, salvo la de pago verificado con posterioridad al título ejecutivo", el ya citado juzgado de Espinal, mediante su auto de 2 de octubre de 1980, resolvió "rechazar de plano, la solicitud de nulidad propuesta . . .", resolución que por virtud de la apelación interpuesta contra ella por la parte vencida llevó el proceso al conocimiento del Tribunal Superior de Ibagué;

m) La Sala Laboral de dicho Tribunal, luego de haber tramitado la apelación, con ponencia

elaborada por el Magistrado Almanza Marín y con la participación de Grisales Velandia, en la audiencia celebrada el 5 de marzo de 1981, decidió la alzada en el sentido de "Reformar el auto de 2 de octubre de 1980 . . . , y en su lugar disponer que el juzgado se pronuncie sobre el incidente de nulidad, excepto en cuanto a la causal que ataca la fuerza ejecutiva del título cuyo rechazo de plano se confirma";

n) Después de afirmar que en la referida providencia sus autores no tuvieron "en consideración ninguno de los planteamientos hechos en la audiencia por los abogados que en ella intervinieron", dice el demandante que con ello aquéllos incurrieron "en grave omisión"; que los citados Magistrados, no obstante de aludir expresamente en su providencia al remate y su aprobación, "hechos inequívocamente indicativos de la terminación del proceso", tomaron la resolución por la cual se obliga "al juez *a quo* a pronunciarse sobre un incidente para el cual carece de jurisdicción y de competencia", incurriendo así en "un error inexcusable que compromete su responsabilidad";

o) Asevera el demandante que como él era dueño de los lotes números 1 y 3 del fundo rural denominado "La Aurora", limítrofes con el número 2, tuvo especial interés en comprar al ejecutante parte de su crédito, "pues con ello podía lograr la integración de la finca y formar una unidad topográfica propicia para su urbanización"; y que, obtenida la aprobación del remate y su registro, procedió a contratar los servicios de arquitectos para la confección del plano topográfico de la totalidad de esos tres lotes, y "hacer los planos urbanísticos y demás necesarios para desarrollar la urbanización del terreno así integrado", y

p) Expresa por último el demandante, a través del hecho 43 de su demanda, que la ya citada providencia del Tribunal Superior de Ibagué, "sin haber declarado nulidad alguna, dio base para que en el Espinal se especulara con la declaratoria de nulidad del proceso ejecutivo en cuestión y con la precariedad de los títulos de los terrenos a urbanizar, lo que le ha traído serios perjuicios, pues ocasionó en principio la paralización de las gestiones que se venían adelantando conjuntamente por el demandante y la firma urbanizadora en desarrollo de un contrato en el que hay una cuantiosa suma de dinero invertida".

3. En su oportuna contestación a la demanda los dos demandados se opusieron a las súplicas

deducidas en ésta; en cuanto a los hechos, aceptaron algunos, negaron otros y exigieron la prueba para los demás.

Expresaron entonces, y en tales asertos fundan cardinalmente su defensa, que el Tribunal, en la providencia proferida por ellos, "no pronunció decisión alguna de fondo sino que sólo se redujo a una cuestión de mero trámite procesal"; que en esa oportunidad y por razón de lo imperado por el artículo 38 del Código Procesal del Trabajo, su competencia estaba restringida a decidir "si debía darse trámite al incidente" de nulidad; que no es cierto que ésta se hubiera pedido con fundamento en los mismos hechos y por las mismas causales invocados en incidente anterior, pues se afirmaron hechos y motivos diferentes; que por la circunstancia de que el remate se hubiera aprobado ya, no puede decirse que el proceso ejecutivo laboral estuviese terminado, pues aún quedaba pendiente lo relacionado con la entrega del bien subastado al rematador y sus posibles incidencias; que si bien es cierto que el artículo 107 del Código de Procedimiento Laboral preceptúa que en el juicio ejecutivo "no cabrán incidentes ni excepciones, salvo la de pago verificado con posterioridad al título ejecutivo", también lo es que, la doctrina y la jurisprudencia patrias, al unísono, han atemperado el "rigor literal" de dicho texto legal ante la necesidad de dar aplicación preferente al artículo 26 de la Constitución Nacional; y que la providencia "con la cual se siente perjudicado el demandante nada tiene que ver con el juego de aspiraciones económicas" de éste.

Reiteran los demandados que ellos, en su calidad de Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, al conocer y decidir la apelación comentada, no pronunciaron "ninguna decisión de fondo", sino que se limitaron a "ordenar el cumplimiento de un trámite procesal": lo que se ordenó por dicha providencia, agregan, fue que "el juzgado se pronunciara sobre el incidente porque el *a quo* lo negó de plano y el Tribunal consideró que ese mismo funcionario debía decidirlo previo el trámite incidental pertinente".

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, por auto del 13 de octubre pasado el proceso se recibió a pruebas, período dentro del cual se practicaron las siguientes:

Primero. *A petición del demandante:*

a) Copia de las actas de las Salas Plenas de la Corte Suprema de junio y julio de 1977, en las cuales se designó y se confirmaron los nombra-

mientos de los doctores Almanza Marín y Grisales Velandia como Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué;

b) Copias de las actas de posesión de dichos dos funcionarios, expedidas por la Gobernación de ese departamento;

c) Fotocopia, debidamente autenticada, de todo el proceso ejecutivo laboral adelantado en el Juzgado Civil del Circuito del Espinal por el abogado Daniel Góngora Orjuela, como apoderado judicial de Francisco Tamayo Fierro contra Luis Ernesto Benavides Villanueva, en la cual aparecen, por supuesto, los actos procesales determinados en los "Antecedentes" de esta providencia;

d) Testimonio del abogado Daniel Góngora Orjuela, oportunamente tachado por el abogado de los demandados en razón a que "tiene interés directo en el pleito", pues en el proceso ejecutivo a que tantas veces se ha hecho alusión aquí "actuó como cesionario de derechos que el doctor García Reyes tenía o tiene" en dicha ejecución; y porque, además, aquel profesional del derecho ha sido "sancionado por el Tribunal Disciplinario por faltas contra la ética", hechos que negó el testigo citado.

Dijo el declarante que apenas sí había actuado en esa ejecución como mandatario judicial de Tamayo Fierro; que lo atinente a la sanción era afirmación "falsa", pues si bien había sido acusado, el Tribunal Disciplinario "consideró que no existía razón alguna para sancionarme"; que él, en su calidad de apoderado del ejecutante, había logrado que éste y el aquí demandante celebraran la negociación "que vinculó al doctor García Reyes al mencionado proceso ejecutivo"; que este cesionario le había manifestado su propósito de adquirir el bien que se iba a rematar, lo que evidentemente hizo; que luego de la subasta, y cuando ya el bien le había sido entregado al rematador, "se suscitó un despliegue noticioso en el Espinal, porque el demandante Benavides le dio poder a un abogado, quien solicitó se tramitara una nulidad en el proceso que ya estaba concluido"; que "esa publicidad hizo que las gentes interesadas en adquirir el lote se enfriaran porque se les dijo por el señor Benavides que existía una nulidad en el juicio y que los bienes volverían a su poder"; y que después del remate, un cliente suyo llamado Carlos Julio Sánchez, quien previamente había tratado de adquirir un lote en esa urbanización, desistió de su intento, como efecto "de la propaganda de

que hablé en mi pregunta anterior, sobre la nulidad de que se hablaba ...";

e) Testimonio del arquitecto Enrique Ruiz Martínez, también tachado por el apoderado de los demandados, "en razón del interés que tiene en este proceso", que en su declaración jurada expresó haber sido contratado por García Reyes "para desarrollar aproximadamente diez hectáreas, consistente en incorporar planos y desarrollar los estudios completos para una urbanización", trabajos que dice realizó "a finales del año 80 y comienzos del 81"; que con el objeto de obtener las correspondientes aprobación y autorización "la totalidad de esos estudios se radicaron en Planeación del Municipio del Espinal"; y que el aquí demandante, con motivo de la providencia dictada por el Tribunal de Ibagué, "suspendió toda actividad en la urbanización", lo que le ha causado perjuicios: "primero, porque a medida que pasa el tiempo, las obras de la urbanización le van a costar más; segundo, los estudios y proyectos presentados tienen una caducidad de tiempo; y tercero, en caso de desmembrar o disminuir el área, se perdería la totalidad del proyecto, ya entregado y ya cancelado"; y

f) Certificación expedida por el Secretario General del Tribunal Superior de Ibagué, según la cual José Antonio Almanza y Gregorio Grisales, para el 5 de marzo de 1981, "se encontraban desempeñando sus cargos de Magistrados de la Sala Laboral" de esa Corporación.

Segundo. *A petición de los demandados:*

a) Interrogatorio absuelto por el demandante García Reyes, quien en esa diligencia afirmó no saber si después del 5 de marzo de 1981 se ha decretado o no nulidad alguna en el proceso ejecutivo que él sigue contra Benavides Villanueva; que después de varias averiguaciones por él hechas, llegó a la conclusión de que sus dos demandados en el presente proceso son personas "de la más alta respetabilidad en la magistratura"; que antes de marzo de dicho año ya había iniciado las actividades para la urbanización de sus predios en esa ciudad; y que fue él quien dispuso la suspensión de las labores urbanísticas que allí se adelantaban, "por cuanto es innegable que la posibilidad de cumplir el contrato celebrado con la firma de arquitectos quedaba afectada de inmediato con una providencia que le abre las puertas ... a un evento de declaración de nulidad con consecuencias jurídicas difícilmente precisables ...";

b) Copia de las dos actas de sorteo de conjuez practicadas en noviembre de 1981 y enero del año siguiente en el citado proceso laboral, con las cuales se acredita que a ellas asistieron, a la una, el abogado Daniel Góngora; y a la otra, el aquí demandante;

c) Testimonios de Pablo Abel Morales Lenis, Secretario General del Tribunal Superior de Ibagué, y los de Franklin Leonel Pulido y José Domingo Cruz, Oficiales en su orden de las Salas Civil y Laboral de ese Tribunal, quienes en esas calidades aseveran que el citado abogado Góngora Orjuela vigilaba y estudiaba el proceso ejecutivo atrás referido, y

d) Copia de la sentencia de 25 de agosto de 1968, debidamente autenticada, por medio de la cual el Tribunal Disciplinario, luego de infirmar un fallo apelado, impuso al citado profesional Góngora Orjuela "la sanción de *censura* por infracción al artículo 56, num. 2 del Decreto 196 de 1971".

5. Agotada que fue la etapa probatoria el proceso se dio en traslado a las partes para que formularan sus alegatos de bien probado, derecho que ambas ejercitaron; y como hoy está en firme el auto de citación para sentencia, ha llegado el momento de decidir el litigio, a lo cual se procede ya que no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

II

Los presupuestos del proceso

Estos, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo de la relación jurídico-procesal, se dan cita todos en el presente caso; no hay pues, por este aspecto, obstáculo para proferir sentencia de mérito con autoridad de cosa juzgada material. En efecto:

1. Con las copias de las actas de las salas plenas de la Corte Suprema de Justicia, realizadas en los meses de junio y julio de 1977 (folios 1 a 4 del cuaderno número 1); con las de las actas de posesión visibles a los folios 5 y 6 de ese mismo cuaderno; y con la certificación expedida por el Secretario General del Tribunal Superior de Ibagué (folio 2, cuaderno 2), queda demostrado plenamente que José Antonio Almanza y José Gregorio Grisales Velandia fueron nombrados, como Magistrados, para la Sala Laboral de dicho Tribunal; que esos nombramientos fueron confirmados; que los designados tomaron posesión del cargo y, además, que estaban en desem-

peño de él el 5 de marzo de 1981, fecha en que proferieron ambos la providencia que originó este pleito.

De otra parte está acreditado, con la copia de la providencia referida, la cual aparece a los folios 190 a 200 del cuaderno principal, que los dos demandados, como integrantes de la Sala Laboral indicada, son los autores de dicho proveído, decisorio de la apelación interpuesta contra el auto de 2 de octubre del año anterior, dictado por el Juez Civil del Circuito de Espinal.

Y si la pretensión deducida en este proceso es la de responsabilidad civil que corresponde a dichos jueces, por haber incurrido, según el demandante, en "error inexcusable" al tomar esa decisión, tiene que concluirse forzosamente que la competencia para conocer de este proceso le corresponde privativamente y en única instancia a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, pues así lo estatuye claramente el numeral 6 del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil.

2. La demanda con la cual se inició este proceso reúne, en su estructuración formal, todos los requisitos para ella exigidos por el artículo 75 *ibídem* ; y como además a ella se anexaron los documentos que acreditan la calidad de magistrados que tenían los demandados en el momento que se pronunció la decisión de 5 de marzo de 1981, con lo cual se cumplió la exigencia del artículo 77 *ejusdem* , tiene que seguirse que dicha demanda está en forma.

3. No merece reparo alguno la capacidad para ser parte, ni la capacidad procesal de los litigantes. No la primera, pues tanto demandante como demandados son personas naturales, con aptitud por tanto para ser sujetos de una relación procesal; tampoco la segunda, pues si tanto el uno como los otros son mayores de edad, con capacidad legal para disponer de sus derechos, pueden comparecer por sí mismos al proceso.

Además, los demandados han actuado en éste por conducto de abogado inscrito; y el demandante lo ha hecho personalmente por tener también este título.

III

La decisión de 5 de marzo de 1981 y su motivación.

1. Como ya está dicho, mediante ella los Magistrados demandados, al resolver la apelación interpuesta por el ejecutado contra el auto de 2

de octubre del año anterior, que había rechazado de plano un incidente de nulidad propuesto por ese recurrente, reformó la providencia impugnada “y en su lugar dispuso que el Juzgado (Primero Civil del Circuito de Espinal) se pronunciará sobre el incidente de nulidad, excepto en cuanto a la causal que ataca la fuerza ejecutiva del título, cuyo rechazo de plano se confirma”.

2. En la audiencia en que dicha resolución se tomó, realizada con la intervención en ella de los abogados Daniel Góngora, Jorge García Reyes y Jorge Sánchez Arce, los dos primeros como rematantes y el segundo como apoderado del ejecutado, dichos profesionales hicieron sus alegaciones verbales: aquéllos buscando la confirmación de la providencia apelada, pues dijeron, en suma, que el proceso ejecutivo se hallaba fenecido legalmente y que por tanto no procedía en él ningún tipo de incidentes; y éste, pretendiendo la infirmación del auto por él recurrido.

Después de oír las alegaciones verbales de los litigantes, las que se transcribieron en el acta respectiva, la Sala decidió suspender hasta las 5 p. m. de ese día la audiencia, que se había iniciado dos horas antes; y reanudada a esa hora, la Sala procedió a tomar su decisión, luego de haber hecho una prolija y muy pormenorizada relación de todos los actos surtidos en el proceso ejecutivo a que aquí se ha aludido repetidamente.

3. Para apoyar su resolución, los Magistrados expusieron las razones que, en esencia, son las siguientes:

“Las normas jurídicas no pueden interpretarse aisladamente, sino teniendo en cuenta que cada una de ellas es parte de un sistema legislativo que rige las actividades de los súbditos del Estado de manera integral. El análisis aislado de una disposición puede conducir a errores de derecho o a la imposición de un extremado rigorismo formal con perjuicio de la finalidad primordial del proceso que es la obtención de la justicia.

“Es bien conocida la deficiente redacción del artículo 107 del Código de Procedimiento Laboral que pugna con los preceptos constitucionales que garantizan el derecho de defensa, por lo cual la doctrina y la jurisprudencia han determinado la admisibilidad de excepciones e incidentes en el proceso ejecutivo laboral. No se trata de un desconocimiento del texto de la ley so pretexto de aplicar su espíritu, sino de la interpretación sistemática de la legislación colombiana para

encuadrar el problema dentro del contexto constitucional, teniendo en cuenta las superiores razones de orden público que constituyen la estructura de las leyes procesales.

“Basta pensar en la posibilidad de que surjan conflictos de competencia, que un Juez o Magistrado se declare impedido o haya necesidad de recusarlo para percibir la posibilidad y aún la necesidad de admitir incidentes en el proceso ejecutivo laboral.

“Obviamente el juez debe rechazar de plano las solicitudes de nulidad que se fundamenten en causales distintas a las legalmente predeterminadas o cuando ya se haya tramitado el incidente promovido con fundamento en el mismo hecho o cuando se propongan después de allanadas (artículo 155 del Código de Procedimiento Civil). Por eso considera la Sala que actuó correctamente el señor juez de primera instancia cuando rechazó de plano la causal de nulidad que se invocó aduciendo que unas firmas del documento que se presentó como título ejecutivo no se autenticaron, pues tal hecho no está previsto como causal de nulidad en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil e hipotéticamente sólo había sido posible proponerlo por la vía exceptiva y en la oportunidad indicada por la ley que, ciertamente, fue desaprovechada.

“Pero las demás causales invocadas —esto es la violación de la oralidad, la indebida representación del ejecutado y el haberse dado al proceso un trámite distinto al indicado por la ley— no pueden rechazarse de plano porque están previstas como causales de nulidad en los artículos 42 del Código de Procedimiento Laboral y 152 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, el juez debe examinarlas y pronunciarse razonadamente sobre ellas para admitirlas o rechazarlas, conforme lo dispone el artículo 38 del Código de Procedimiento Laboral”.

IV

La pretensión del demandante

1. Según se desprende del contexto de la demanda inicial de este proceso, tanto de la *causa petendi* como el *petitum* e inclusive de las normas jurídicas en ella invocadas, el demandante busca que sus demandados le indemnicen de los perjuicios que le causaron con el pronunciamiento de la providencia por ellos dictada el 5 de marzo de 1981, que ordenó el juez de primera instancia tramitar un incidente de nulidad, pues

asevera que los Magistrados que la profirieron procedieron con error inexcusable.

Trátase pues, indiscutiblemente, del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial que consagra expresamente el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. Según dicha norma, como ya lo ha dicho la Corte, para que dicha pretensión se estructure son necesarios los siguientes presupuestos:

a) Que la acción se ejercite, a más tardar, dentro del año siguiente a la terminación del proceso;

b) Que el demandante de la indemnización sea o haya sido parte en el proceso que dio origen al ordinario de responsabilidad civil;

c) Que el juez o Magistrado demandado esté situado en uno o algunos de los casos previstos en los tres numerales de dicho artículo 40;

d) Que si se trata de error inexcusable, el demandante no interponga los recursos posibles para evitar con ellos el perjuicio;

e) Que el perjuicio sufrido por el demandante sea cierto, y

f) Que exista relación de causalidad entre el daño padecido y el proceder doloso, fraudulento o abusivo del juez o Magistrado, o de su omisión o retardo injustificado en proferir la providencia o el correspondiente proyecto, o, finalmente, de su obrar con error inexcusable.

2. No queda duda alguna de que en el presente caso sí concurren los requisitos a que se refieren los literales a), b) y d) anteriores. En efecto:

La demanda del presente proceso se presentó antes de vencerse el año siguiente al pronunciamiento del auto de 5 de marzo de 1981, pues lo fue el 23 de julio siguiente; es indiscutible, igualmente, que el aquí demandante abogado Jorge García Reyes, como cesionario del crédito del ejecutante inicial y a la vez rematante de los bienes trabados, fue parte interesada en el proceso ejecutivo laboral que instauró Francisco Tamayo Fierro contra Luis Ernesto Benavides Villanueva; y si contra el auto de 5 de marzo de 1981, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué no hay, establecido por la ley, recurso alguno (artículos 11 del Decreto 528 de 1964 y 2º de la Ley 16 de 1968), tiene que seguirse que no se da la salvedad indicada en el numeral 3 del precitado artículo 40.

3. Pero si ello acontece con los tres presupuestos referidos, no ocurre lo propio con los restan-

tes, pues éstos en verdad faltan, como lo hará ver la Sala con las razones que en seguida se expresan.

V

La tarea de hermenéutica del juez y el error inexcusable.

1. *Las normas jurídicas, como proposiciones racionales de carácter abstracto y general que son, tienen que ser individualizadas, incorporadas al hecho o relación material que están llamadas a regir. Para individualizarlas y aplicarlas se debe empezar por determinar su sentido y alcance: a esta investigación se la llama interpretación o hermenéutica, que se le impone al juez como deber primario o inexcusable en su misión señera de administrar justicia, sobre todo frente a las disposiciones legales, cuyo contenido no es lo suficientemente claro.*

Como lo sostiene uniformemente la doctrina del Derecho, la norma jurídica se refiere siempre a un caso típico, abstracto, por lo que para que pueda regular los casos concretos de la vida humana es necesaria siempre la actividad del juez tendiente a indagar cuál es el pensamiento latente en el precepto, como único medio para aplicarla con estrictez al supuesto concreto que juzga.

En verdad que el Derecho no es algo acabado y formulado que hay que aplicar literalmente; es algo que hay que buscar e incesantemente investigar, desde luego que Derecho es el juicio sobre la corrección o regularidad, sobre la atendibilidad o sobre el amparo que debe prestarse, de una pretensión. De ahí que las normas legales no son otra cosa que una generalización indicativa en orden a la satisfacción de pretensiones; son apenas una pista para encontrar en cada caso lo que es Derecho.

2. *Como lo indica Enneccerus, interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido, y precisamente aquel sentido que es decisivo para tutelar el derecho de los asociados. Y si el juez tiene el deber de indagar cuál es la extensión de una norma jurídica, para precisar la posibilidad de aplicarla al conflicto que se le ha sometido a su decisión, ha de hacerlo sin desviaciones o errores.*

Pero este, que en verdad constituye el punto de mira ideal, no siempre se logra, desde luego que la hermenéutica, como actividad humana, es susceptible de errores: la norma jurídica puede por tanto ser aplicada por el juez al caso con-

creto que decide, pero dándole una inteligencia o un sentido que en verdad no tiene.

Ese yerro de interpretación, frente al cual hay por supuesto remedios para corregirlo y hacerlo desaparecer mediante la infirmación de la providencia que lo contiene, sólo compromete la responsabilidad civil del juez que lo ha cometido cuando, según lo proclama el antecitado artículo 40, tiene la categoría de inexcusable.

De ahí que, como ya lo dijo esta Sala, "muy sabia resulta la disposición al 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 y podrían menguarse ostensiblemente la independencencia y libertad que 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 administrar justicia" (sentencia de 26 de octubre de 1972, Gaceta Judicial, Tomo CXLIII, páginas 229 y siguientes).

Y agregó la Sala en esa providencia que por error inexcusable sólo puede entenderse aquel que "quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo".

3. Como se dejó precisado en el Capítulo III de esta providencia, la resolución proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué dentro del ejecutivo de Tamayo Fierro contra Benavides Villanueva, que el aquí demandante cita como causa de los perjuicios cuya reparación pretende, se limitó a disponer, luego de infirmar el proveimiento apelado, que el juez a quo decidiera, previa su tramitación, el incidente de nulidad propuesto por el ejecutado.

Y para así resolver estimó que el texto del artículo 107 del Código Procesal del Trabajo, que como principio general consagra la inadmisión de incidentes y excepciones en el proceso ejecutivo laboral, por su deficiente redacción "pugna con los preceptos constitucionales que garantizan el derecho de defensa ..." y que, como consecuencia, dando aplicación prevalente a éstos sí procedía tramitar la incidencia propuesta. Agregó que "no se trata de un desconocimiento del texto de la ley so pretexto de consultar su espí-

ritu, sino de la interpretación sistemática de la legislación colombiana para encuadrar el problema dentro del contexto constitucional teniendo en cuenta las superiores razones de orden público que constituyen la estructura de las leyes procesales".

En la tarea de precisar el alcance y extensión del referido artículo 107, para deducir su aplicación al caso concreto que entonces decidía, la Sala del Tribunal citó en apoyo de su conclusión doctrinas y jurisprudencia que así lo proclaman. Lo cual significa que el razonamiento del Tribunal no puede calificarse, prima facie, de equivocado, desde luego que el tema jurídico recogido en esa norma legal no ha despertado unanimidad de criterios en jueces e intérpretes; aunque sí parece que la tesis adoptada por los aquí demandados es la que cuenta con más defensores.

Si, pues, la motivación presentada por la Sala Laboral del Tribunal de Ibagué en su auto de 5 de marzo de 1981, se funda en razones muy atendibles, o por lo menos doctrinaria y jurisprudencialmente discutibles, la Corte tiene que concluir, sin hesitación alguna (sic), que los demandados no obraron con error al proferir la ameritada providencia; y que, en la hipótesis de que el yerro de hermenéutica existiera, ni por semejas esa presunta falencia podría calificarse de inexcusable.

4. Lo anterior sería suficiente para concluir en la absolución de los demandados, pues, como se ha visto, no obraron erradamente y mucho menos con error inexcusable al proferir el auto de 5 de marzo de 1981.

Para abundar en razones cabría agregar, sin embargo, que el error inexcusable cometido por el juez o magistrado no es, por sí solo, suficiente para deducirle responsabilidad civil. Para que ésta pueda imputársele, es necesario además que entre el error judicial y el perjuicio sufrido por la parte exista una evidente relación de causa a efecto, que es lo que en verdad no ocurre en el presente caso.

No decretó el Tribunal de Ibagué, en efecto, ninguna nulidad procesal, sino que, como se ha precisado, se limitó a ordenar al juez de primer grado que la propuesta se tramitara y decidiera; entonces la presunción de legalidad de todos los actos procesales surtidos en el juicio ejecutivo laboral seguía en pie y, por tanto, la situación era en verdad la misma que existía antes de decidirse la apelación. Si, como lo reconoce el propio

demandante, fue él mismo quien ordenó suspender las obras de urbanización que adelantaba en el predio rematado, no por la decisión del Tribunal, que ninguna nulidad declaró, sino por razón de las especulaciones populares y rumores callejeros en torno a la validez de la subasta, los perjuicios que con tal suspensión hubiere sufrido no pueden inequívocamente considerarse como causados con la resolución del Tribunal.

5. De acuerdo con lo preceptuado por el citado artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, inciso final, la absolución del demandado en los procesos de esta naturaleza trae consigo la condenación al demandante, además de las costas y los perjuicios causados al funcionario, al pago de una multa de mil a diez mil pesos.

Siendo este el evento que se contempla en el caso que aquí se juzga, se impone sancionar al demandante en las costas procesales, en los perjuicios que con su acción causó a los demandados y en una multa que la Sala determina en la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) moneda corriente.

VI Decisión

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, 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 DENIÉGANSE las peticiones deducidas en la demanda inicial de este proceso y, como consecuencia, *se absuelve* a los demandados José Antonio Almanza Marín y José Gregorio Grisales Velandia de todos los cargos que en dicho libelo les formuló Jorge García Reyes.

2º Se condena al demandante a pagar, por concepto de multa, la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00). Para el cobro de la multa impuesta, por la Secretaría de la Corte se remitirá al funcionario fiscal correspondiente copia de esta sentencia, una vez esté en firme.

3º Se condena al mismo demandante García Reyes a pagar a los demandados las costas procesales y los perjuicios a ellos causados con esta demanda, los que serán liquidados por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

ACCION DE SIMULACION

Titularidad y procedencia. Interés jurídico del heredero para impugnar el acto simulado de su causante. Posición jurídica del cónyuge para promover la acción de simulación, según que la sociedad conyugal se halle o no disuelta. Evolución jurisprudencial. Sin que medie la disolución de la sociedad conyugal o, cuando menos, demanda que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede pretensión de simulación de uno de los cónyuges, de contratos celebrados por el otro, por carencia de interés jurídico en el primero: sin interés jurídico no hay acción.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, 4 de octubre de 1982.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de diciembre de 1981, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario adelantado por María Aída Kronfly de Briceño, contra Saúl Briceño Guatava, Efraín Antonio Narváez y Hernando Grillo Franco.

Antecedentes

I. Por demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito del Líbano, solicitó la mencionada demandante que con intervención de los referidos demandados se hiciesen las declaraciones principales o subsidiarias siguientes:

Primera principal.

a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 30 de 10 de enero de 1980, de la Notaría Unica del Círculo del Líbano, en donde aparecen Saúl Briceño Guatava como vendedor y Efraín Narváez Camargo y Hernando Grillo Franco como compradores, relativo el negocio a la venta de la finca denominada "El Rhin", situada en el paraje "La Unión"; jurisdicción del Municipio del Líbano (Tolima);

b) Que como consecuencia, se condene a los demandados compradores a la restitución del in-

mueble objeto del negocio nulo;

c) Que se condene a los demandados a pagarle a la demandante los perjuicios ocasionados con motivo de la venta antes descrita, más las costas del proceso;

d) Que se ordene al notario y registrador efectuar las respectivas cancelaciones.

Segunda principal.

a) Que es absolutamente simulado el contrato de compraventa a que se refiere la Escritura Pública número 30 de 10 de enero de 1980, de la Notaría Unica del Círculo del Líbano;

b) Que como secuela de la declaración precedente, se condene a los demandados a restituir el bien objeto de dicho contrato, para que "continúe dentro de la sociedad conyugal existente entre la demandante y el demandado Saúl Briceño";

c) Que se condene a los demandados a pagarle a la demandante los perjuicios ocasionados con la venta simulada, más las costas del litigio;

d) Que se ordene al Notario y Registrador las cancelaciones respectivas.

Primera subsidiaria.

a) Que por causa de lesión enorme se rescinda el contrato de compraventa de que trata la Escritura Pública número 30 de 10 de enero de 1980, de la Notaría Unica del Círculo del Líbano;

b) Que se condene a los demandados Efraín Narváez Camargo y Hernando Grillo Franco a restituirle a la actora el bien raíz "para que nue-

vamente entre a formar parte de los bienes de la sociedad conyugal formada entre la demandante y Saúl Briceño Guatava”;

c) Que los precitados demandados Narváez y Grillo “tienen opción para completar el justo precio del bien vendido con deducción de una décima parte”;

d) Que se condene a los demandados, si se oponen, al pago de los perjuicios recibidos por la demandante, como también a las costas del proceso.

Segunda subsidiaria.

a) Que se decrete la resolución del contrato de compraventa a que se refiere la Escritura Pública número 30 de 10 de enero de 1980, de la Notaría Unica del Círculo del Líbano;

b) Que, como consecuencia, se decrete la restitución del inmueble; el pago de perjuicios y las costas.

II. Como hechos de las pretensiones, la demandante refiere los siguientes:

a) La demandante contrajo matrimonio con el demandado Saúl Briceño Guatava el 3 de abril de 1971, “formándose desde ese momento una sociedad de bienes, la cual actualmente subsiste”;

b) El demandado Briceño junto con Darío Millán Rubio y Darío Millán Roncancio adquirieron de María Elsy Carbonell Uribe, mediante Escritura Pública número 511 de 17 de agosto de 1970 de la Notaría del Líbano, la finca denominada “El Rhin”, situada en “La Unión”, jurisdicción del Municipio del Líbano, delimitada como se indica en el hecho 3 de la demanda;

c) Posteriormente, por Escritura Pública número 630 de 13 de septiembre de 1972, de la misma notaría, Saúl Briceño Guatava compró a Darío Millán Rubio y Darío Millán Roncancio los derechos cuotativos que éstos tenían sobre el predio “El Rhin”, quedando así el adquirente con la totalidad de la finca;

d) “A pesar de estar vigente la sociedad conyugal” formada entre la demandante y Saúl Briceño, éste le vendió la finca “El Rhin”, con todas sus mejoras, a Efraín Narváez Camargo y Hernando Grillo Franco, según da fe la Escritura Pública número 30 de 10 de enero de 1980, de la Notaría Unica del Círculo del Líbano;

e) Si bien en la cláusula cuarta de la escritura antes citada se expresa que los compradores recibieron el inmueble, tal manifestación no corresponde a la realidad, a virtud de que el sedi-

cente vendedor continúa comportándose como dueño del inmueble;

f) Por otra parte, en la cláusula segunda de la escritura se dice que el precio de la venta es de un millón doscientos mil pesos (\$ 1.200.000), pagaderos así: un millón cuarenta y ocho mil pesos (\$ 1.048.000.00), con los cuales los compradores cancelarían el crédito hipotecario que tiene en su favor el Banco Cafetero, y la suma restante “que el precitado vendedor declaró haber recibido”;

g) Con antelación a la venta el demandado Briceño “propició ciertas disputas con su cónyuge”, por lo que ésta se trasladó a la ciudad de Bogotá y, tal situación, le abrió campo al referido Briceño para la celebración de la venta simulada, y el inmueble enajenado, dada su ubicación, mejoras, extensión, tiene un valor comercial superior a cinco millones, y

h) Los adquirentes Efraín Narváez y Hernando Grillo participaron en el acto simulado, pues no han pagado el precio real, ni han cancelado el que se dice en la escritura.

III. Con oposición de los demandados, la primera instancia terminó con sentencia de 21 de julio de 1981, la que resultó ser favorable a la parte demandante, pues se accedió a la primera súplica principal, por lo que la parte demandada interpuso contra tal decisión el recurso de alzada, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 7 de diciembre del mismo año, revocatorio del proferido por el *a quo*, y denegatorio de las súplicas de la demanda, motivo que dio lugar a que la parte demandante interpusiera el recurso de casación, que por estar tramitado procede la Corte a decidir.

La sentencia impugnada

Luego de referir los antecedentes del litigio, se ocupa prioritariamente el Tribunal del interés jurídico que pueda o no tener la demandante para impugnar los actos jurídicos celebrados por su marido estando vigente la sociedad conyugal y, en el punto, con apoyo en doctrina de la Corte, sienta las reflexiones siguientes:

“En los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser, no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la

ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entorsearse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituir el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir —lo mismo que el perjuicio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro. En las acciones de esa naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir 'un estado de hecho contrario al derecho'. Pero la significación y alcance de este esencial presupuesto, consagrado en las normas generales de derecho, debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal de que se trata, porque ésta es un conflicto de intereses jurídicamente regulados y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitime su acción" (*Gaceta Judicial*, LXII, página 431).

"En este proceso, la demandante deriva su interés para respaldar cualquiera de sus pretensiones, de que por el acto del matrimonio *no disuelto* (subraya la Sala), según se lee en el hecho primero de la demanda, ella es socia de la sociedad conyugal y por lo tanto puede demandar los actos de su marido que vayan en detrimento de esa sociedad.

"Este hecho, pone en evidencia que la demandante carece de interés jurídico para demandar con el carácter de socia de la sociedad conyugal ante lo prescrito en el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, puesto que la sociedad conyugal sólo nace a la vida jurídica a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento que deba liquidarse la sociedad conyugal, y la misma demandante observa que su matrimonio no está disuelto".

Con respaldo en la consideración precedente, culmina el *ad quem* afirmando que por estar vigente la sociedad conyugal entre la demandante y el demandado Saúl Briceño, aquélla no puede atacar los negocios jurídicos celebrados por su marido respecto de bienes adquiridos por éste

durante la existencia de la sociedad de bienes, de lo cual concluye que no se abren paso las súplicas de la demanda.

La impugnación

Tres cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales se estudiarán conjuntamente, por su conexidad.

Cargo primero. Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto directo, por falta de aplicación de los artículos "8º de la Ley 153 de 1887, 115, 1766, 1602, 15, 16, 66; 180 (13 del Decreto 2820 de 1974) 198 (19 de la Ley 1ª de 1976), 200 (21 Ley 1ª de 1976), 411, 413, 414, 420, 421, 422, 716, 718, 756, 762, 766, 768, 780, 785, 786, 789, 946, 947, 950, 952, 954, 959, 961, 962, 963, 964, 965, 967, 969, 971, 1494, 1495, 1497, 1498, 1500, 1502, 1515, 1517, 1524, 1526, 1547, 1548, 1603, 1611 (89 de la Ley 153 de 1887), 1613, 1615, 1618, 1621, 1630, 1631, 1667, 1668, 1740, 1741, 1746, 1748, 1757, 1781, 1785, 1795, 1796, 1802, 1804, 1820, 1821, 1824, 1825, 1826, 1828, 1829, 1830, 1832, 1374 a 1410, 1933, 1834, 1857, 1862, 1863, 1864, 1871, 1881, 1884, 1906, 1907, 1928, 1934, 2323, 2325, 2328, 2335, 2341, 2432, 2433, 2434, 2435, 2488, 2491, 2504, 2511 del Código Civil, 16 de la Ley 153 de 1887; 1012, 1016 del Código de Derecho Canónico; 67, 68, 101, 107 del Decreto 1260 de 1970".

Con cita de doctrinas empieza la recurrente por afirmar que cada uno de los cónyuges, aún estando vigente la sociedad conyugal, se encuentra legitimado para atacar de simulados los negocios que celebre el otro y al efecto agrega que "la calidad de cónyuge de la demandante María Aída Kronfly de Briceño del demandado Saúl Briceño Guatava, es el título que la acredita como acreedora de gananciales. No podía exigirse una prueba distinta de la que demuestra el matrimonio, para deducir de acuerdo con la ley que el consorte legítimo es acreedor de gananciales y que el otro consorte es deudor".

En seguida sostiene la censura que los dos requisitos que exige la jurisprudencia para estos casos, o sea, el interés para demandar la simulación y el contrato de compraventa, aparecen en el presente proceso, pues no es aceptable esperar que el cónyuge se encuentra legitimado cuando sucede alguna de las causales de disolución de la sociedad conyugal.

Luego afirma la recurrente que si bien podría compararse la situación del cónyuge respecto de los bienes sociales y antes de disolverse la socie-

dad conyugal como una expectativa, en ocasiones la ley protege a sus titulares, puesto que así protege su futuro derecho.

Finalmente la recurrente insiste en el interés legítimo que tiene cada cónyuge para impugnar los negocios jurídicos simulados que celebre el otro con desmedro de la sociedad de bienes.

Cargo segundo. Por éste denuncia quebranto directo, por interpretación errónea, de los artículos 1º de la Ley 28 de 1932, 669, 1766, 15, 16, 1602, 669, 756, 1494, 1495, 1500, 1502, 1524, 1611 (89 de la Ley 153 de 1887), 1740, 1741, 1757, 1781, 1785, 1795, 1796, 1802, 1820, 1857, 1862, 1863, 1864, 1881, 1884, 1906, 1907, 1928, 1934 del Código Civil.

La recurrente sustenta el cargo en las apreciaciones siguientes:

a) Que las facultades que confieren al dueño de los bienes, los artículos 669 del Código Civil y 1º de la Ley 28 de 1932 no pueden llegar hasta violar los derechos de otras personas;

b) Que la sentencia del fallador *ad quem* interpretó desacertadamente el artículo 1º de la Ley 28 de 1932 al desconocerle a la demandante el derecho de atacar los actos dispositivos, celebrados por el demandado respecto de bienes sociales, estando vigente la sociedad conyugal;

c) Que así mismo “como consecuencia de errónea interpretación y por supuesto mala aplicación del artículo 1º de la Ley 28, el Tribunal se fue por el camino equivocado en el entendimiento del acto recogido en la escritura en que el marido dijo venderles la finca a los otros dos demandados, interpretando erradamente las reglas relativas a la compraventa de inmuebles y a la tradición”;

d) Que al haberse equivocado el Tribunal en el alcance de las normas sustanciales señaladas en el cargo, erró en la conclusión de que estando vigente la sociedad de bienes cada cónyuge es propietario de lo que adquiriera, o sea, que cuando el *ad quem* hizo actuar las normas, “las hizo actuar mal interpretadas como quiera que les dio un alcance diverso de su contenido”.

Cargo tercero. Lo hace consistir en quebranto indirecto, por falta de aplicación de los “artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 115, 1766, 1602, 15, 16, 66, 180 (13 del Decreto 2820 de 1974), 198 (19 de la Ley 1ª de 1976), 200 (21, Ley 1ª de 1976), 411, 413, 414, 420, 421, 422, 716, 718, 756, 762, 766, 768, 780, 785, 786, 789, 946, 947, 950, 952, 954, 959, 961, 962, 963, 964, 965, 967, 969,

971, 1494, 1495, 1497, 1498, 1500, 1502, 1515, 1517, 1524, 1526, 1547, 1548, 1603, 1611 (89 de la Ley 153 de 1887), 1613, 1615, 1618, 1621, 1630, 1631, 1667, 1668, 1740, 1741, 1746, 1748, 1757, 1781, 1785, 1795, 1796, 1802, 1804, 1820, 1821, 1824, 1825, 1826, 1828, 1829, 1830, 1832, 1374 a 1410, 1933, 1834, 1857, 1862, 1863, 1864, 1871, 1881, 1884, 1906, 1907, 1928, 1934, 2323, 2325, 2328, 2335, 2341, 2432, 2433, 2434, 2435, 2488, 2491, 2504, 2511, del Código Civil, 16 de la Ley 153 de 1887; 1012, 1016 del Código de Derecho Canónico; 67, 68, 101, 107 del Decreto 1260 de 1970.

“No les dio vigor a las siguientes reglas de procedimiento que gobiernan la aducción de pruebas:

“Artículos 251, 252, 253, 254, 256, 258, 262, 264, 265, 267, 268, 278, 203, 204, 205, 207, 208, 219, 220, 226, 227, 228, 245, 246, 248, 250, 236, 237, 238, 240, 241 del Código de Procedimiento Civil”.

En procura de demostrar el cargo, la recurrente dice que el Tribunal dejó de apreciar las pruebas siguientes:

a) Los documentos públicos que se acompañaron a la demanda;

b) La confesión contenida en el interrogatorio de parte rendido por Briceño, Grillo Franco y en la Escritura Pública número 30 de 10 de enero de 1980;

c) La testimonial, especialmente, la declaración rendida por Manuel Ignacio Cruz;

d) El dictamen rendido por los peritos, y

e) Los indicios que surgen de los hechos probados.

Se considera

1. *El instrumento más eficaz de que los pueblos se han valido para satisfacer las necesidades y, por ende, para regular sus relaciones, lo constituye el negocio jurídico. Por tal virtud, esperan la sociedad y la ley que las declaraciones de voluntad emitidas por las partes respondan a una intención seria, esto es, que las convenciones sean reales y no fingidas, pues sólo las primeras merecen el respeto y tutela jurídica.*

2. *A pesar de los principios éticos y del derecho positivo destinado a lograr que las partes asuman en sus convenciones una conducta sincera entre ellas y respecto de terceros, se tiene que no es insólito que en las relaciones contrac-*

tuales, de manera deliberada, exista una desconformidad entre la voluntad real y la declarada. Cuando tal cosa acontece, la doctrina universal, desde la época del derecho romano, viene calificando dichos ajustes contractuales de negocios jurídicos simulados, los cuales revisten estas dos formas: cuando se crea una apariencia para encubrir otro acto (simulación relativa); y, cuando verdaderamente no se ha querido celebrar acto alguno (simulación absoluta).

3. En las convenciones en que se ofrece conflicto entre la voluntad real y la voluntad declarada, o, en otros términos, en que el negocio es simulado, su aniquilamiento se puede lograr a través de la acción correspondiente, la que generalmente se encuentra en cabeza de las partes y, excepcionalmente, en cabeza de terceros.

4. Respecto de la titularidad y procedencia de la acción de simulación por las partes simuladoras o contratantes, inicialmente hubo una corriente doctrinal que se resistió a concederla a los participantes de actos de tal naturaleza, fundándose en el principio romano *nemo creditur turpitudinem suam allegans*, que algunos hacen consistir en que "la justicia cierra los ojos negando su protección, cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias".

Algunas legislaciones alcanzaron a recoger positivamente tal postulado. La mayoría de los códigos de los diferentes países (artículo 1766 del Código Civil Colombiano) y la doctrina se han inclinado por conceder la acción de simulación a los contratantes, como quiera que el fin perseguido por ella es el de colocar nuevamente las cosas dentro del marco de la licitud, o sea, de regresar al terreno de la legalidad, con lo cual no se cercenan principios morales.

5. Siendo transmisible la acción de simulación, los herederos de las partes, al igual que éstas, tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulado el negocio jurídico celebrado por el causante y, con mayor razón, cuando tal acto lesiona sus derechos herenciales, como sucede cuándo con ellos se menoscaba su legítima. En este evento no queda duda sobre la suficiencia del interés jurídico del heredero que obre *jure hereditario* o *jure proprio*, para impugnar el acto simulado del causante.

Empero, el hijo, en vida del padre, como no es heredero y apenas contempla una mera expectativa de poder heredarlo, no se encuentra asistido de interés jurídico para controvertir judicialmente la simulación de un negocio celebrado por

su progenitor. La posibilidad de heredar, o mejor, la esperanza de heredar, como no se trata de ningún derecho, no autoriza al hijo en vida del padre para impugnar de simulado el contrato por éste celebrado (casación civil de 9 de junio de 1947, número 2048, página 436).

De no ser así, los negocios jurídicos se verían permanentemente amenazados por personas sin interés jurídico y, por ende, sin derecho para atacarlos.

6. En el campo de los legitimados para promover la acción de simulación se controvierte la posición jurídica del cónyuge, según háyase o no disuelto la sociedad conyugal.

La jurisprudencia ha evolucionado en el punto desde requerir para la procedencia de la acción de simulación la ocurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad conyugal hasta considerar suficiente promover proceso de separación de bienes, de cuerpos, el de divorcio o el de la nulidad del matrimonio.

En efecto, existe el antecedente doctrinal siguiente:

a) Inicialmente la jurisprudencia de la Corte fue del parecer de exigir, para la procedencia de la acción de simulación por parte de uno de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal, pues sólo en tal evento aparece para él el interés jurídico con las calidades de actual y real.

Sobre el punto, dijo la Corporación en sentencia de 17 de diciembre de 1931 que "son frecuentes los casos en que el marido, ya sea para ponerse a cubierto de una separación de bienes, o para favorecer intereses distintos de los de la sociedad conyugal que administra, dispone fraudulentamente, simuladamente de los bienes, a despecho de la voluntad de la mujer, y una vez disuelta la sociedad no podría negarse a aquélla la acción para demandar la nulidad (cuando la Corte hablaba de la simulación nulidad) de los contratos celebrados por el marido para perjudicarla..." (Gaceta Judicial número 1883, página 434; 29 de marzo de 1939, número 1945, página 727; 29 de febrero de 1956, Tomo LXXXII, 118).

b) Posteriormente la Corte consideró al cónyuge con suficiente interés jurídico para atacar un acto de simulado con sólo haber demandado la separación de bienes y algunas medidas preventivas.

Sobre el particular, expresó en sentencia de 17 de marzo de 1955, lo siguiente:

“El hecho de contraer matrimonio impone a los cónyuges deberes y obligaciones que deben cumplirse durante su existencia y aun disuelta y liquidada la sociedad conyugal, y esos deberes y obligaciones no han sido desconocidos por la Ley 28 de 1932, que dio a la mujer casada su plena capacidad jurídica para administrar y disponer libremente de sus bienes, sustrayéndola en esto a la potestad del marido, pero dicha ley no terminó con la sociedad conyugal que se forma por el hecho del matrimonio y que adquiere su plena fuerza en el momento de la liquidación.

“Hasta el 31 de diciembre de 1932 el marido administraba libremente tanto los bienes propios de los cónyuges como los bienes de la sociedad conyugal y podía disponer con absoluta libertad de lo que pertenecía a él o a la misma sociedad. La mujer estaba incapacitada para ejercer esos actos administrativos o dispositivos y si se pretendía vender un bien raíz propio de la mujer, se imponía la necesidad de obtener licencia del juez que autorizara la venta. Estaba, pues, la mujer en condiciones de manifiesta inferioridad respecto del marido y en cuanto a los bienes los patrimonios se confundían en cabeza del marido en forma tal que ante los terceros aparecían todos los bienes como si fueran patrimonio del marido, de suerte que los acreedores de éste podían, durante la sociedad, perseguir tanto sus bienes como los bienes sociales.

“Después del 1º de enero de 1933 las cosas cambiaron, pues la Ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada su plena capacidad y le dio la facultad de administrar y de disponer libremente de los bienes que le pertenecían, al momento de contraer matrimonio, que hubiera aportado a él o los que por cualquier causa haya adquirido o adquiriera, equiparando e igualando las facultades de la mujer y las del marido. Pero la ley no puede entenderse en el sentido de que esa libertad de administración y de disposición otorgada a cada uno de los cónyuges sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración. La modificación sustancial de las relaciones de orden patrimonial surgidas del hecho del matrimonio permite al marido el ejercicio del derecho que en el régimen del Código Civil tenía la mujer para provocar una acción de separación de bienes y conseguir que, por la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia de separación, se establezca y liquide su derecho a participar en los gananciales. Entonces ‘se considerará —dice la ley— que los cónyuges han tenido esa sociedad desde la celebración del matrimo-

nio’, esto es, deja de ser latente o virtual la sociedad conyugal y se actualiza en razón de la disolución, para los fines de la correspondiente liquidación y pago de esos gananciales. Y para asegurar precisamente el tránsito de ese interés de su estado simplemente virtual a su estado actual, es para lo que la ley permite que el actor en el juicio de separación solicite las medidas preventivas de que trata el artículo 201 del Código Civil, con el fin de que la libertad de administración del cónyuge demandado se mantenga en su statu quo, mientras se decide la acción y se cumple la liquidación de la sociedad conyugal. Lo cual quiere decir que cuando por parte del cónyuge demandado se pretende sustraer a tales efectos y a la consiguiente liquidación determinados bienes, el actor tiene interés jurídico actual en que las medidas preventivas comprendan todos los bienes que no hayan salido realmente del activo que cada cónyuge administra separadamente, descorriendo el velo tendido por un acto simplemente aparente, para que ese derecho no se frustre”.

Mediante fallo de 8 de junio de 1967, la Corte reiteró su posición fijada en el fallo de 17 de marzo de 1955, cuando sentó las reflexiones siguientes:

“Si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiere durante el matrimonio y si sólo cuando se disuelva la sociedad conyugal se considera que ésta ha existido desde la celebración de aquél, síguese que por regla general mientras no se disuelva dicha sociedad ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si le fuera permitido hacerlo antes esto conduciría en el fondo a anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiriera durante la unión matrimonial.

“Se dice por regla general porque la jurisprudencia ha aceptado que aun antes de la disolución, puede surgir el interés del cónyuge para demandar la simulación cuando con anterioridad a la presentación de esta demanda, ha pedido la separación de bienes a objeto de que al decretarse queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales, todos los bienes que no hayan salido real y legítimamente del haber de la sociedad conyugal. Así lo decidió la Corte en sentencia de 17 de marzo de 1955 (Tomo LXXIX, página 757) en donde expresó: ‘Por lo demás el interés jurídico inmediato para el presente juicio lo deriva el demandante en su condición de actor en el juicio de separación de

bienes y de las medidas de seguridad autorizadas para dicho juicio’.

“Por consiguiente una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal”.

En fallo de 20 de noviembre de 1979, la Corporación insistió en el interés jurídico que le asiste al cónyuge para demandar la simulación respecto de actos celebrados por el otro sobre bienes sociales, cuando han tenido ocurrencia “para eludir de esa manera las consecuencias que podrían aparejarle (al simulante) un decreto de separación de cuerpos y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal”.

7. La doctrina de la Corte expuesta permite concluir que el cónyuge tiene personería o está legitimado para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc. Sin mediar la disolución de la sociedad conyugal o sin haber demandado al otro cónyuge en litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede su pretensión de simulación, por carencia de interés jurídico para impugnar los actos o contratos en ese sentido.

8. La doctrina foránea se ha inclinado por considerar que el cónyuge, disuelta la sociedad conyugal, tiene interés jurídico en invocar la simulación respecto de los negocios celebrados por el otro, como también lo tiene cuando ha demandado por una de las causales legales la disolución de la sociedad, así no hubiere pronun-

ciamiento o sentencia sobre el pretendido fenómeno disolutorio.

Precisamente, a manera de ejemplo, dijo uno de los Tribunales argentinos que “para que la esposa pueda alegar como tercero la simulación del acto realizado en su perjuicio por el marido, se requiere que la sociedad conyugal haya sido disuelta o se haya demandado la disolución; no basta la simple separación de hecho” (C. Ap. Rosario, Sala 2ª).

9. Con la expedición de la Ley 28 de 1932 se estableció la independencia administrativa y de disposición de los cónyuges respecto de los bienes propios como de los sociales, pues de acuerdo con el régimen patrimonial establecido por el mencionado estatuto, “durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil, debe liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia, se procederá a su liquidación”.

Entonces, si bien es cierto que de conformidad con el estatuto antes mencionado, durante la existencia de la sociedad conyugal cada cónyuge se encuentra facultado legalmente para administrar y disponer libremente de los bienes que adquiriera, sean sociales o propios, no es menos cierto que al disolverse la sociedad por cualquiera de las causas legales (artículo 1820 del Código Civil), o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, surge nítidamente el interés jurídico tutelable para uno de los cónyuges de impugnar de simulados los actos de disposición del otro cuando mediante ellos se pretende sustraer bienes sociales de la liquidación de la sociedad. Por el contrario, si no se ha disuelto la sociedad, ni judicialmente se pretende su disolución, no aparece el interés jurídico para impugnar los actos ficticios.

10. La Corte reitera el criterio que existe en derecho, según el cual sin interés jurídico no hay acción. Este postulado es de recibo cuando se ejercita la acción de simulación, o sea, que cualquiera que tenga legítimo interés en la declaración de simulación, por recibir un perjuicio cierto y actual con el negocio ficticio, puede impugnar esa convención; a contrario sensu, si no existe interés no hay acción.

El interés que debe existir en quien alega la simulación, dice la doctrina, ha de traducirse "en un perjuicio actual, no eventual y ha de ser un perjuicio cierto, no simplemente hipotético; el derecho que se lesiona con la celebración del acto simulado, lesión de la cual se deriva el interés jurídico del demandante, debe existir al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro" (casación civil de 8 de junio de 1967, aún no publicada).

Entonces, no siendo la acción de simulación de linaje popular sino de carácter privado, sólo puede ejercitarla el interesado, o sea, aquél que teniendo un derecho resulta lesionado por la simulación. De suerte que el cónyuge, en frente de negocios simulados celebrados por el otro cónyuge con relación a bienes sociales, si no se ha disuelto la sociedad conyugal o no ha demandado en causa que vaya orientada a la disolución de la misma, como la separación de cuerpos, de bienes, el divorcio, etc., su sola calidad de cónyuge no lo legitima para atacar de simulado el acto celebrado por el otro consorte.

11. En la especie de esta litis se tiene, porque no se discute, que la demandante, sin producirse la disolución de la sociedad conyugal y, más aún, sin mediar demanda tendiente a perseguir la disolución, pretende, con su sola calidad de cónyuge, que se declare la simulación de un contrato celebrado por su marido demandado, sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso, por lo cual, como ampliamente quedó expuesto, la acción formulada en esas condiciones no puede prosperar, por carecer de interés jurídico el cónyuge demandante, ya que la otra mitad es un bien propio, por haber sido adquirido con antelación al matrimonio.

Como a esta misma conclusión llegó el sentenciador de segundo grado en el fallo atacado en casación, se tiene que no quebrantó las normas sustanciales indicadas en la censura.

12. Fuera de lo dicho, el cargo segundo no se ajusta a la técnica del recurso, puesto que si el *ad quem* no decretó ni la nulidad, ni la simulación, mal pudo quebrantar los preceptos atinentes a esos fenómenos por interpretación errónea, por cuanto no los aplicó.

Sobre el punto, tiene dicho la Corte:

“La errónea interpretación, uno de los tres modos como puede ser vulnerada una norma de derecho sustancial, tiene en casación una inteligencia propia que difiere fundamentalmente del sentido que a esa locución se le da en el lenguaje común y también en otros campos del derecho. Interpretar erradamente una norma, para el efecto de fundar en ese hecho un ataque próspero en el terreno de la causal primera de casación, quiere decir que el sentenciador de instancia hizo actuar, para la composición del litigio, la norma que era la idónea para resolverlo, pero dándole un sentido o un alcance de que la dicha norma carece en realidad. Con otras palabras, en casación el quebranto por erróneo entendimiento de precepto de derecho sustancial sólo se ofrece cuando dicho precepto es aplicado para decidir el litigio porque, en verdad, es el pertinente, pero el fallador lo aplica dándole alcance e inteligencia que no se acomoda a su naturaleza. En este recurso extraordinario, pues, no puede hablarse de interpretación errónea de normas que no fueron aplicadas, ni de las que no son idóneas para resolver el caso debatido” (casación civil de 25 de mayo de 1976, *Gaceta Judicial*, Tomo CLII, páginas 181 y 182).

Viene de todo lo dicho, que los cargos no prosperan.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 7 de diciembre de 1981, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Las costas del recurso corren de cargo de la parte recurrente.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y EXTINTIVA

No cabe confundirlas por cuanto la primera debe ser invocada mediante demanda de reconvección.

Alcance del rechazo de la excepción de prescripción extintiva alegada en proceso divisorio: No tiene carácter de cosa juzgada en la pertenencia en donde se invoca la prescripción adquisitiva.

El auto que rechaza las excepciones propuestas por el demandado en proceso divisorio no pone fin a la actuación ni hace tránsito a cosa juzgada ni contra él procede recurso de casación. (Con salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén).

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

Bogotá, 4 de octubre de 1982.

Decide la Corte recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 27 de enero de 1981, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario entablado por Pablo Cardozo Ríos contra los herederos de Casimiro Cardozo y otros.

Antecedentes

1. En demanda ordinaria del 22 de julio de 1974, posteriormente adicionada el 26 de febrero de 1975, Pablo Cardozo Ríos trajo a juicio ante el Juzgado Civil del Circuito de Armero a los herederos de Casimiro Cardozo, o sea a Mercedes Cardozo de Avila, Lucrecia Cardozo de López, los herederos de Misael Cardozo, y además a Helio Troncoso Bocanegra, así como a personas indeterminadas, para obtener por vía ordinaria las declaraciones de que pertenece en pleno dominio y propiedad al demandante, *por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio*, el predio rural denominado "Palmarrosa", ubicado en la fracción del mismo nombre, jurisdicción municipal de Venadillo, con todas sus anexidades, dependencias y servidumbres, y delimitado como aparece en los hechos de la demanda; y que en consecuencia se ordene la inscripción de la sentencia respectiva en la oficina de registro del Circuito de Ambalema.

2. Para pedir así, afirmó el demandante los hechos que a continuación se resumen:

a) El inmueble materia de la litis fue adquirido por Pablo Cardozo por compra que hizo a Cenona Perdomo viuda de Calderón y a Mario Calderón Perdomo, tal como aparece en las Escrituras 331 del 11 de noviembre de 1956 y 26 del 20 de enero de 1957, ambas de la notaría de Ambalema, debidamente registradas en la oficina respectiva el 31 de enero de 1957 y el 8 de febrero de este mismo año;

b) Dicho predio se ha venido conociendo con el nombre de Palmarrosa, y sus linderos son los siguientes: "Del mojón de piedra que se encuentra en la represa de la quebrada llamada Palmarrosa, se sigue hacia el sur, hasta la esquina de la cerca de la sucesión doble de Campo Elías Chacón y Mariana Moreno de Chacón, hoy Ramón Azcona; de allí se sigue hacia el oriente, línea recta por la cerca divisoria, lindando con predios de la sucesión Chacón-Moreno, hasta un mojón de piedra y madera que se encuentra en la esquina de la cerca del señor Casimiro Cardozo; de aquí siguiendo la misma dirección en línea recta por la cerca divisoria del señor Casimiro Cardozo, hasta llegar a un mojón de piedra que se encuentra al pie de la cerca, lindando con el señor Manuel Triana; de aquí, se sigue hacia el norte en línea recta, hasta encontrar un árbol de Capote, se vuelve hacia el oriente lindando con propiedad del citado señor Triana, hasta el mojón de piedra labrado y marcado con 'CC'; de este mojón se sigue por el oriente hacia el norte por una cerca divisoria con el mismo señor

Manuel Triana, hasta el mojón del Diomate del señor Ramón Avila; siguiendo la misma dirección y la cerca divisoria de Calderón y Avila, hasta un mojón de Diomate que hay cerca a la quebrada llamada Patarroyo; de aquí se sigue en línea recta hacia el oriente hasta encontrar un mojón de la 'S', vuelve hacia el occidente con la cerca divisoria hasta encontrar un mojón de piedra al pie de un árbol Guásimo, lindando en esta parte con propiedad del señor Genaro Sánchez; de aquí en línea recta hacia el norte, hasta encontrar un mojón de piedra que hay a la orilla de la quebrada Palmarrosa, lindando en este trayecto con las sucesiones de Genaro Sánchez y Felisa Guzmán de Ospina, hoy Pablo Cardozo; donde hay un mojón distinguido con el número 22, de aquí, por el cauce de la quebrada Palmarrosa, aguas arriba, hasta encontrar un mojón marcado con el número 23, en su margen derecha; de aquí, por el mismo cauce de la quebrada Palmarrosa, aguas arriba, en un trayecto de cien metros, más o menos se cruza la quebrada hasta encontrar un mojón marcado con el número 24; de aquí, en línea recta, 50 metros, hasta encontrar el mojón número 25; de aquí, hacia el noroccidente en una extensión longitudinal cercana a los 180 metros, lindando con predios de Helio Troncoso y hacienda Boluga, de aquí hacia el sur, línea recta hasta encontrar la carretera que de Venadillo conduce a las Bocas del Totare, lindando en este trayecto con la finca Portillo que hace parte de Boluga; de aquí, en línea recta hasta el mojón de la represa, punto de partida";

e) El citado fundo rural está integrado por dos lotes de terreno adquiridos como atrás se dijo, a Cenona de Perdomo y a Mario Calderón, y cuya alinderación, en su orden, es como sigue:

"*Primer lote:* Del mojón de piedra que se encuentra en la represa de la quebrada Palmarrosa, se sigue hacia el sur, hasta la esquina de la cerca de la sucesión doble de Campo Elías Chacón y Mariana Moreno de Chacón, hoy Ramón Azcona; de aquí se sigue hacia el oriente en línea recta por la cerca divisoria, lindando con predios de la sucesión de Chacón Moreno, hoy Ramón Azcona, hasta un mojón de madera y piedra que se encuentra en la esquina de la cerca de Casimiro Cardozo; por el norte, cruzando la carretera que de Venadillo conduce a las Bocas de Totare y lindando con predios de Mario Calderón, hoy Pablo Cardozo, hasta el cauce derecho de la quebrada Palmarrosa donde hay un mojón distinguido con el número 23; de allí se sigue por el mismo cauce de la quebrada en su margen derecha cruzando ésta hasta un mojón marcado con el

número 24; de allí lindando con predios de Helio Troncoso, hasta encontrar un mojón de piedra marcado con el número 25; de allí seguimos en línea recta, en dirección nor-occidente hasta un mojón de piedra marcado con el número 26, y lindando en este punto con predios de Helio Troncoso y la finca Portillo de Jaime Uribe; de este punto volvemos hacia el sur en línea recta hasta encontrar la carretera que de Venadillo va a las Bocas de Totare, lindando siempre con predios de la finca El Portillo, y de aquí en línea recta hasta el mojón de la represa, punto de partida".

"*Segundo lote:* Partiendo de un mojón de piedra y madera, en la esquina de la cerca divisoria de los predios de Ramón Azcona y Casimiro Cardozo, se sigue en línea recta hasta encontrar un mojón de piedra que se encuentra al pie de la cerca, lindando con el señor Manuel Triana; cruzando la carretera que de Venadillo conduce a las Bocas de Totare; de este punto, donde se encuentra un mojón marcado con el número 3 se sigue al norte en línea recta hasta encontrar un árbol Capote, se vuelve hacia el oriente lindando con propiedad de Manuel Triana, hoy Pablo Cardozo, hasta el mojón de piedra labrado y marcado con 'CC'; de este mojón se sigue hacia el norte por una cerca divisoria con el mismo Manuel Triana, hoy Pablo Cardozo, hasta el mojón de Diomate de Ramón Avila, hoy Pablo Cardozo; siguiendo la misma dirección y la cerca divisoria de Calderón y Avila, hoy Pablo Cardozo, hasta un mojón de Diomate que hay cerca a la quebrada llamada Patarroyo, de allí, se vuelve en línea recta hacia el oriente, hasta encontrar un mojón de corazón de Diomate; de este mojón se vuelve hacia el norte en línea recta, hasta encontrar el mojón de la 'S', límite con Florentino Ospina, hoy Pablo Cardozo; del mojón de la 'S' se vuelve hacia el occidente por la cerca divisoria, hasta encontrar un mojón de piedra al pie de un árbol Guásimo, lindando en esta parte con propiedad de Genaro Sánchez, hoy Pablo Cardozo, de aquí en línea recta hacia el norte, hasta encontrar un mojón de piedra que hay a la orilla derecha de la quebrada Palmarrosa, marcado con el número 22; de aquí por el cauce de la quebrada Palmarrosa, aguas arriba por su margen derecha, hasta encontrar un mojón marcado con el número 23; de aquí hacia el oriente, en línea recta, cruzando la carretera que de Venadillo va a las Bocas de Totare, hasta encontrar el punto divisorio de los predios de Casimiro Cardozo y Ramón Azcona, punto de partida";

d) El predio rural Palmarrosa, materia de la litis, formó parte integrante de otro de mayor extensión denominado igualmente Palmarrosa, que fue poseído de manera pública, pacífica e ininterrumpida por Samuel Calderón hasta 1945, y luego por las siguientes personas en su calidad de señores dueños, quienes lo explotaron económicamente: 1) Cenona Perdomo viuda de Calderón, de marzo de 1945 hasta noviembre de 1956, en cuanto hace relación *al primer lote*; y de la última fecha relacionada, hasta el presente por Pablo Cardozo Ríos; 2) Mario Calderón, en cuanto hace relación *al segundo lote*, desde marzo de 1945 hasta enero de 1957, fecha en la cual transfirió su dominio y posesión, de acuerdo con el texto de la Escritura 26 del mismo año de la notaría de Ambalema, a Pablo Cardozo Ríos, quien lo ha venido poseyendo y explotando económicamente hasta el presente;

e) Las anteriores posesiones, sumadas entre sí, exceden los 20 años continuos e ininterrumpidos establecidos por la ley para la eficacia de la adquisición del dominio por el modo de la prescripción extraordinaria, y dichas posesiones no han sido interrumpidas civil o naturalmente, y han sido ejercidas de manera pública, pacífica y tranquila, sin violencia ni clandestinidad, por las personas descritas en el literal d), quienes han ejercido su señorío mediante una continua, permanente y adecuada explotación económica del suelo, consistente, entre otros hechos ostensibles, en la erección y mantenimiento de cercos, hechura y limpieza de potreros, cría y ceba de ganados, construcción de abrevaderos, y demás instalaciones que demanda el ejercicio de la actividad agropecuaria;

f) Tanto Samuel Calderón, como Cenona Perdomo viuda de Calderón, Mario Calderón Perdomo y el demandante Pablo Cardozo, han detentado la posesión material y realizado la explotación económica del fundo Palmarrosa en los lapsos respectivos, en nombre propio, con verdadero ánimo de señores y dueños y sin reconocer dominio u otros derechos a personas o entidades distintas;

g) Si se suma el tiempo de su posesión al de las anteriores personas que se agregan a ella, Pablo Cardozo, actual poseedor material e inscrito del predio Palmarrosa, tiene derecho a solicitar en su favor declaración de pertenencia, por prescripción extraordinaria de dominio, del citado predio Palmarrosa, cuya ubicación y linderos quedaron plenamente establecidos en el hecho de que trata el literal c) anterior, y

h) Son condueños y poseedores, *en cuanto hace relación el segundo lote* de la finca Palmarrosa, materia de este litigio, la sucesión de Casimiro Cardozo, representada por Lucrecia Cardozo de López, Clemente Cardozo y los herederos de la sucesión de Misael Cardozo, representada esta última por Aurora y Gonzalo Cardozo Olmos, lo mismo que el señor Helio Troncoso Bocanegra, al igual que Mercedes Cardozo de Avila, también representante de la sucesión de Casimiro Cardozo, sin necesidad de señalar como demandado a Clemente Cardozo por haber cedido éste todos sus derechos a Pablo Cardozo Ríos tal como consta en el proceso sucesorio de Casimiro Cardozo.

3. Se trabó la litis, previa designación de curador *ad litem* para las personas indeterminadas, y Helio Troncoso Bocanegra se opuso, entre otras razones, alegando que no procedía la declaración de pertenencia por estar pendiente un proceso divisorio de bien común entre dicho demandado, quien en el divisorio actúa como demandante y Pablo Cardozo Ríos, aquí demandante y quien en el divisorio actúa como demandado.

Ya adelantada la actuación, el juzgado la anuló a partir del auto del 27 de julio de 1976 que decretó las pruebas pedidas por las partes y ordenó que la demanda fuera debidamente notificada a todos los demandados, excepto a Helio Troncoso Bocanegra y al curador de todas las personas indeterminadas, en atención a que el auto admisorio de la adición de la demanda no les había sido debidamente notificado a esos demandados. Se subsanó el vicio en cuestión y se decidió previamente, en forma adversa al demandado Fabio Troncoso Bocanegra, la excepción de pleito pendiente que éste había propuesto el 12 de septiembre de 1975, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Ibagué al despachar la apelación interpuesta al respecto por el demandado excepcionante, en auto del 7 de marzo del siguiente año.

Y cumplidas en forma cabal las etapas probatoria y de alegaciones, el juzgado le puso fin a la instancia, mediante sentencia del 30 de ... de 1980, que acogió las súplicas de la demanda.

Contra esta sentencia interpuso apelación el mismo Helio Fabio Troncoso Bocanegra y surtido el trámite del recurso, después de practicada una prueba de oficio que consideró oportuna el *ad quem*, dictó el Tribunal su providencia de segunda instancia, mediante la cual resolvió:

1º Declárase que están probados los hechos que configuran la excepción de *cosa juzgada*, la cual se decreta.

2º Como consecuencia, se niegan las pretensiones del libelo demandador.

3º Condénase en costas, en ambas instancias, a la parte demandante.

Y contra este pronunciamiento interpuso el demandante el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

Las motivaciones del fallo del Tribunal

1. Después de relatar resumidamente el proceso, acomete el sentenciador el estudio previo de los presupuestos procesales, que los encuentra reunidos cabalmente, y el de las excepciones y la prueba de los hechos que puedan configurarlas en forma tal que “una excepción que se opone a lo demandado viene a matar la respectiva acción”.

2. En cuanto a excepciones, después de transcribir el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, agrega que claramente expresa dicho artículo que las excepciones, con las salvedades que se encuentran allí contempladas, sólo requieren para su reconocimiento que se hallen probados los hechos que las configuran.

3. Y al examinar las pruebas, incluso las que de oficio decretó el Tribunal, encuentra que aparecen demostrados los hechos que constituyen la excepción de cosa juzgada, “porque entre las mismas partes aquí contendientes, en un proceso divisorio anterior, discutieron ellas si se había operado o no la prescripción en favor de Pablo Cardozo, con fallo adverso a éste. Es claro que en este último proceso nombrado, Pablo Cardozo obró como excepcionante y en el presente proceso lo hace como actor, pero en ambos casos se deben probar exactamente los mismos hechos, porque el artículo 2512 del Código Civil, que define la prescripción, exige los mismos supuestos de hecho tanto para la acción como para la excepción, en tratándose de prescripción adquisitiva de dominio. La cosa juzgada que define el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, la constituye, según lo ha pregonado la doctrina nacional, el hecho de haberse agotado la jurisdicción que corresponde al Estado por haberla promovido las partes que quieren que él les defina un litigio en materia civil, que es lo que se está tratando, y aunque el artículo habla de sentencia, la doctrina basándose en el artículo 302 del Código Civil (sic) ha dicho que aunque el Código de Procedimiento Civil, habla a veces de autos, cuando tienen las características del artículo que se aca-

ba de citar, se trata de verdaderas sentencias (casación, marzo 7 de 1978)”.

4. Agrega que, entonces si en el proceso divisorio incoado por Helio Troncoso Bocanegra contra Pablo Cardozo Ríos, éste se opuso a las pretensiones de la demanda “aduciendo que se había consolidado en él el dominio, por haber adquirido por prescripción el bien denominado ‘Palmarrosa’, objeto de la demanda y opuso este hecho como excepción, y si ese proceso terminó con un auto que tiene fuerza de sentencia, por decidir sobre las pretensiones de la demanda y sobre la excepción propuesta (cosa juzgada), agotándose en esta forma la jurisdicción del estado, no puede volver a discutirse entre las mismas partes el fenómeno de la prescripción porque se vulneraría el principio de la cosa juzgada, como se pretende en este proceso ordinario, porque en ambos se discute en el fondo que Pablo Cardozo ha tenido la posesión por veinte años. Sería totalmente aberrante que después que se dijo que Pablo Cardozo frente a Helio Troncoso no ha tenido la posesión por más de veinte años del inmueble ‘Palmarrosa’ —providencias del juzgado y del Tribunal que obran en autos— se viniera a decir ahora que sí la ha tenido”.

Y con respaldo en estas motivaciones pronunció el Tribunal la decisión contenida en el fallo contra el cual el demandante interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La demanda de casación

Trae dos cargos, ambos enmarcados en la causal primera de casación y que, por estar llamado a prosperar el segundo, a él contrae la Corte su estudio y decisión.

Segundo cargo. Por vía indirecta y a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas, indica como violados los artículos 306 y 332 del Código de Procedimiento Civil por indebida aplicación; y los artículos 302-2, 333-2, 305-4 y 413 del Código de Procedimiento Civil; 778, 2512, 2518, 2521, 2527 y 2531 del Código Civil; 1º y 2º de la Ley 51 de 1943 y 1º de la Ley 50 de 1936 por falta de aplicación.

Desarrolla el censor la acusación manifestando, en primer término, que el Tribunal incurrió en once evidentes y trascendentes errores de hecho en la apreciación de las pruebas, y en segundo lugar, que tales errores lo llevaron a las violaciones de las normas sustanciales señaladas en el encabezamiento del cargo y por los conceptos que allí aparecen.

Respecto de los errores fácticos que le endilga al sentenciador, los hace consistir así:

1º No vio que en el divisorio se denegó la excepción de pleito pendiente planteada con motivo de la existencia de la pertenencia, y que en la pertenencia también se *negó* la misma excepción de pleito pendiente planteada con motivo del divisorio, aun cuando claramente lo muestran así las actuaciones que obran a folios 11 y 17 del cuaderno 2, lo mismo que el 7 y 5 del mismo cuaderno 2, la primera planteada en el divisorio por el demandado Pablo Cardozo Ríos y la segunda por el demandado Helio Troncoso en la pertenencia.

El error ostensible se deriva de no haber visto esas circunstancias que constan en las citadas piezas del expediente, o si las vio, en no haberles dado todo su contenido, alcance y significado, pues si se declaró en ambos casos que no cabía alegar excepción de pleito pendiente, no era posible que el auto que en el divisorio rechazó esa excepción, y menos aún el que en la pertenencia también la rechazó pudiera permitir llegar a la conclusión de que el divisorio producía efectos de cosa juzgada en la pertenencia, errada inferencia de suyo ostensible y que incide fundamentalmente en el fallo.

2º No vio, aun cuando claramente lo muestra el folio 14 del cuaderno 7, que la excepción de pleito pendiente propuesta por Pablo Cardozo Ríos en el divisorio, o mejor su oposición o medio de defensa consistía "en la prescripción de la acción", o sea en la *negativa de extinción de la acción divisoria*, para el demandante Troncoso, y no la *adquisitiva o de pertenencia* a favor de Pablo Cardozo, circunstancias que no vio el fallador a pesar de que ampliamente se planteaban en el fallo pronunciado por él mismo, error también protuberante y manifiesto, y desde luego trascendente.

3º No vio que, siendo distinta la prescripción adquisitiva de la extintiva y que en el divisorio se planteó ésta y no aquélla, no podía identificarlas para sostener en el fallo impugnado que una y otra exigen los mismos presupuestos de hecho, "en tratándose de prescripción adquisitiva de dominio", porque esa identificación y confusión no tienen cabida en el derecho colombiano.

4º No vio, no obstante que dice lo contrario el preveído que obra en los folios 7 a 18 del cuaderno 7, que la resolución *negativa* de la prescripción planteada por el demandado Cardozo en el divisorio, —extintiva por demás— fue por auto y no por sentencia y además no vio que ese auto

no resolvía definitivamente la controversia, pues no *decidía* favorablemente la excepción.

Este error patente se refleja esencialmente en el fallo impugnado, porque le sirve de soporte para declarar de oficio la excepción de cosa juzgada.

Y es pertinente anotar, agrega el censor, la interpretación y aclaración que al auto del 7 de marzo de 1978 y al anterior del 13 de octubre de 1976 hizo la Corte en estos términos: "2. Pero no es igual el resultado que produce la providencia en que se decide sobre una de las cuatro excepciones de fondo antes enumeradas: si *la excepción se acoge*, una vez quede en firme esa declaración el *proceso termina* porque la relación debatida ha sido definitivamente decidida. Mas si *la excepción se rechaza*, el trámite continúa porque con ello *nada se define en la relación sustancial litigada*. Por tanto, como quedó explicado en providencia del 13 de octubre de 1976, sólo en el primer caso la resolución es una verdadera sentencia" (Sala de Casación Civil, auto del 2 de agosto de 1978).

Entonces, la doctrina que predica como apoyo y sustento el fallo impugnado, no puede aplicarse recta y pertinentemente a la situación del proceso divisorio en donde el auto que se acoge como sentencia para declarar la cosa juzgada, se limita a declarar no probada la excepción y ordena con decretos positivos seguir adelante el divisorio.

5º No vio, y al no verlo incurrió en error palpable y ostensible, que la jurisdicción que dice agotada para efectos de la cosa juzgada, o sea la precluida dizque por el pronunciamiento del auto negativo de la prescripción en el divisorio, no fue provocada o promovida *por ambas partes*, como erróneamente afirma el Tribunal, sino *solamente por el demandante* en dicho divisorio Helio Troncoso Bocanegra, de conformidad con lo que claramente aparece en los folios 1 a 6 del cuaderno 8, error monumental que condicionó el fallo impugnado.

6º Afirma equivocadamente, cayendo en error innegable, que Pablo Cardozo se opuso en el divisorio dizque alegando que en él se había consolidado el dominio, cuando lo que alegó era que se había extinguido la acción o dominio del demandante Troncoso como comunero en dicho divisorio, como puede apreciarse en todos los considerandos del auto confirmatorio de la declaratoria hecha por el juez del conocimiento de no estar probada la excepción de prescripción

extintiva (folios 14 del cuaderno 7), amén de que no podía por vía de excepción pretenderse consolidar el dominio en quien la alegó como excepción con carácter de previa y nó como acción en demanda de reconvencción.

También se equivoca gravemente y en forma garrafal al decidir que tal hecho, o sea la consolidación del dominio de Cardozo, se había propuesto como excepción, pues lo que éste propuso fue la prescripción extintiva, error ostensible que se refleja en el fallo impugnado;

7º El Tribunal confundió la excepción de prescripción extintiva del divisorio con la adquisitiva en la acción de declaratoria de pertenencia, como consecuencia de errónea interpretación de las demandas en ambos procesos y del memorial en que en el divisorio se propuso la excepción extintiva del derecho del allí demandante, o sea de su calidad de comunero poseedor, tal como aparece en los folios 13 a 17 del cuaderno 1.

La doctrina de la corte respalda la apreciación que se hace sobre este error.

8º Se equivocó de modo manifiesto al apreciar el auto que rechazó la excepción de prescripción extintiva en el divisorio (folios 7 a 18, cuaderno 7), pues dijo el Tribunal que dicho auto, del 21 de octubre de 1975 del juzgado y del 17 de marzo de 1976 del Tribunal), había expresado que Cardozo no había tenido la posesión por veinte años, cuando *lo que se dijo fue que Troncoso no la había perdido por veinte años*, cuestiones bien distintas por cierto, pues en el primer caso se trataría de prescripción adquisitiva, que no se había planteado, y en el segundo de extintiva que era lo realmente propuesto en dicho divisorio. Error también evidente y trascendente.

9º No vio, a pesar de aparecer patente en los folios 15 vuelto y 75 del cuaderno, que en el proceso de declaratoria de pertenencia y en el divisorio son distintas las partes, pues en el primero Pablo Cardozo Ríos demanda a Mercedes Cardozo de Avila, Lucrecia Cardozo López, herederos de la sucesión de Misael Cardozo y personas indeterminadas, y por corrección de la demanda (folio 29, cuaderno 1), a Helio Troncoso Bocanegra, y en el segundo, o sea en el divisorio, el actor Helio Fabio Troncoso Bocanegra señala como demandado a Pablo Cardozo Ríos. Por tanto, lo resuelto en el divisorio *no puede aplicarse a todos* los que intervinieron en el de declaratoria de pertenencia, pues la cosa juzgada exige identidad de partes, elemento axiológico para su declaración.

Este error protuberante fue motivación fundamental del fallo impugnado y lo enerva en forma ineludible.

10. El Tribunal no vio, a pesar de estar de manifiesto en el proceso, según consta en los folios 13 a 14 vuelto y 75 vuelto, del cuaderno 1, que los inmuebles materia de la división y objeto de la declaración de pertenencia no se comprenden dentro de los mismos linderos, que no son iguales y mucho menos idénticos, pues el alindamiento del globo de terreno, formado por dos lotes, materia de la declaración de pertenencia, sólo comprende lo que se halla al oriente de la quebrada de Palmarrosa y al sur de la represa sobre la misma quebrada, en tanto que el alindamiento del inmueble a que se refiere la división transpone hacia el occidente la quebrada de Palmarrosa para bajar por el lindero con Mario Garcés hasta la represa de Palmarrosa.

Por tanto, tampoco hay identidad en el objeto, lo cual quita otro elemento axiológico indefectible para declarar la cosa juzgada, y hace que el error monumental del Tribunal en el fallo impugnado obligue a su casación.

11. Por último, el Tribunal no vio que los documentos en que apoyó su sentencia, o sea la fotocopia o reproducción mecánica del auto del 21 de octubre de 1975 del Juez Civil del Circuito de Armero que declaró no probada la excepción de prescripción alegada por el demandado y decretó la división, el avalúo del bien, y ordenó ser avaluado el bien y nombró peritos evaluadores (folios 17 a 11, cuaderno 7), y del auto confirmatorio de éste, proferido por el Tribunal de Ibagué el 17 de marzo de 1976 (folios 13 a 17, cuaderno 7), no están autenticadas por el juez, sino por el secretario, según consta específicamente en el folio 17 vuelto del mismo cuaderno 7, lo cual le resta valor y eficacia para ser considerados como documentos o copias constitutivas de prueba, con lo cual, así mismo, se viola el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil y se cae en gravísimo error de hecho, pues el Tribunal supuso que sí estaban autenticadas, previo cotejo, por el juez y como consecuencia tuvo como probada la negativa de prescripción y de allí tomó base para declarar la cosa juzgada.

Después de relacionar los yerros fácticos en cuestión, agrega el censor que ellos reúnen características de ostensibles y trascendentes, pues fueron causa determinante de la adopción del fallo del Tribunal al haber decretado de oficio la excepción de cosa juzgada y dejado de pronunciarse sobre la declaración de pertenencia por

adquisición del dominio a favor del demandante, por prescripción extraordinaria o usucapión, y haber en consecuencia revocado el fallo del juzgado, el cual se había fundado en lo que bien aparecía probado en el expediente, todo lo cual indica que debe casarse la sentencia impugnada y en su lugar confirmar la de primera instancia.

Y la violación de las normas sustanciales la expone el recurrente, así: el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, se viola porque considera probada una excepción que no lo está: el 332 *ejusdem* se quebranta porque se declara la cosa juzgada faltando dos elementos axiológicos de ella: la identidad de partes y la igualdad de objetos, cuando en realidad no existen; de este modo se violan los dos artículos referidos por indebida aplicación. El artículo 302-2 del Código de Procedimiento Civil, se vulnera porque se deja de ver que un proveído que no decide sobre excepciones y, en consecuencia, no resuelve definitivamente sobre la relación sustancial, no es sentencia sino auto, más cuando se apoya en doctrina que sostiene lo contrario de lo que pretende el mismo Tribunal; se contraviene al artículo 333-2, porque una pretendida sentencia que no constituye cosa juzgada se toma como tal, cuando está sujeta a modificaciones mediante proceso posterior, ya que lo que se presenta en el proceso divisorio como excepción puede presentarse como acción en proceso distinto o de pertenencia; el artículo 305-4 del Código de Procedimiento Civil, se viola porque se está tomando en cuenta un hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, sin que haya sido probado plenamente; el 413 *ibidem* se quebranta porque deja de declararse la pertenencia solicitada, no obstante estar acreditados los elementos de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio. Estos cuatro artículos últimamente citados se violan por falta de aplicación, lo mismo que los 778, 2512, 2518, 2521, 2527 y 2531 del Código Civil, 1º y 2º de la Ley 51 de 1943 y 1º de la Ley 50 de 1936, que pueden englobarse en cuanto a su transgresión, porque está probada la posesión y la añadidura de la de los antecesores del actor en el proceso de pertenencia, y están probados los elementos que configuran la prescripción adquisitiva y el hecho de haber sido poseído el bien en condiciones legales estando en el comercio humano, y la prescripción extraordinaria de veinte años se señala como modo de adquirir el dominio cuando se reúnen las condiciones que establece la ley en el artículo 2531, y la prescripción entre comuneros se halla establecida y debe

ser declarada cuando se posee materialmente, en las condiciones legales, el predio común o parte de él, pudiendo en tal caso pedirse la prescripción adquisitiva si se completan los veinte años que establece el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

Y de todo lo anterior, remata la acusación invocando la quiebra del fallo acusado para que en su lugar se confirme el de primera instancia.

Considera la Corte

1. *Básicamente la censura viene montada en que en el divisorio que promovió Troncoso contra Cardozo, este último, como demandado, propuso excepción de prescripción extintiva de la acción del demandante, que le fue fallada desfavorablemente en el auto que ordenó la división material y el Tribunal dio tratamiento a esa actitud del entonces demandado Cardozo como si éste hubiera propuesto la excepción de prescripción adquisitiva con resultados negativos.*

2. *No cabe confundir la prescripción extintiva con la adquisitiva, entre otras razones por cuanto para la última se exige sea invocada mediante demanda de reconvencción.*

Y la de este último linaje no fue la invocada por Cardozo como demandado en el divisorio que le entabló Troncoso, pues sin mediar demanda de reconvencción, presupuesto indispensable para que se considere invocada por el demandado una acción de prescripción adquisitiva, la oposición de Cardozo se encaminó únicamente a procurar que, por vía de excepción, se declarara que Troncoso ya no era dueño de cuota alguna proindiviso de dominio en el predio objeto de la división.

Y al ser rechazada tal excepción, simplemente vino a declararse, para efectos de ese proceso de división, que Troncoso no había perdido el derecho de dominio que le daba suficiente legitimación en la causa divisoria.

No otro es el alcance del rechazo de la excepción de prescripción extintiva que en ese pleito divisorio propuso el demandado Cardozo.

3. *Corrobora todo lo anterior la circunstancia de que en ese mismo litigio Cardozo propuso la excepción de pleito pendiente (folios 11 y 12, cuaderno 7), en razón de haber entablado el proceso de pertenencia actualmente en estudio.*

*Y tal excepción también le fue rechazada (folio 11 *ibidem*) de contera con razones más que suficientes, lo que implica una clara diferencia-*

ción por razón de sus orígenes y sus alcances no sólo sustanciales, sino procesales, entre el mentado divisorio y la actual pertenencia. El rechazo de la excepción de litis pendencia propuesta en el primero en atención a la existencia del segundo, es incommovible fundamento de que lo que en uno de ellos se decida en nada afecta lo que en el otro se resuelva. De no ser así, la litis pendencia hubiera sido evidente e insalvable.

Y no es posible, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, desconocer la existencia de la decisión judicial que en el divisorio negó que existiera relación jurídico-procesal alguna con el segundo, para luego caer en el despropósito de decidir oficiosamente que la negativa a la prescripción extintiva alegada en este último tiene carácter de cosa juzgada en la pertenencia en donde no solo se ha alegado prescripción de otra índole, o sea adquisitiva, sino además se trata de un proceso sin relación o litis pendencia con el divisorio.

Si la excepción de pleito pendiente se negó en el divisorio, —y dicho sea de paso también se negó en la pertenencia (folio 5, cuaderno 5)— es inadmisibile prohibir que, no obstante esa negativa, si influye en la pertenencia lo resuelto en el divisorio, pues tal influencia necesariamente hubiere implicado entre ambos procesos un nexo de pleito pendiente, único capaz de explicar que lo decidido en el uno constituye cosa juzgada en el otro.

4. Adicionalmente el Tribunal incurre en otros yerros fácticos, pues al auto que en el divisorio rechazó las excepciones propuestas por el demandado, le da carácter virtual de sentencia, invocando doctrina equivocadamente de casación civil del 7 de marzo de 1978.

Pero no cayó en la cuenta el sentenciador de que dicho auto, por no acoger excepción alguna, no puso fin a la actuación y que por tanto la citada doctrina no le es aplicable.

En efecto: en el divisorio no se puso fin a la actuación, puesto que las excepciones del demandado no prosperaron, o sea, obviamente el proceso no finalizó ni hizo tránsito a cosa juzgada, sino que, por lo contrario, siguió su curso normal.

Y la doctrina de la Corte, que por mayoría y excepcionalmente otorga recurso de casación contra providencias que formalmente no tienen carácter de sentencias, se apoya en el ineludible presupuesto de que tales decisiones sí tengan fuerza de sentencia y pongan fin a la actuación.

Al respecto la Corte, al rechazar el recurso de queja contra la decisión de un Tribunal que negó conceder recurso de casación respecto de un auto que decidía excepción previa de prescripción en sentido negativo al excepcionante, reafirmó el concepto en referencia, y dijo: “El recurrente arguye, en su intento de que se le conceda el recurso de casación que interpuso contra el mencionado auto del 23 de mayo del año próximo pasado, que le negó la excepción de prescripción que propuso como previa porque no hay razón alguna para distinguir si prosperan o no las excepciones de fondo propuestas como previas para conceder en el primer caso o negar en el segundo el recurso de casación, con el pretexto de que ‘son sentencias las que resuelven sobre las excepciones que no tienen el carácter de previas y considerando que se define (sic) por igual cuando se acepta que cuando se niega y sin que jamás pueda condicionarse la naturaleza jurídica de una providencia el contenido favorable o no de la decisión’.

“La providencia contra la que se interpuso el recurso de casación, tanto por su contenido como por su aspecto formal y por la forma como se notificó es simplemente un auto. De eso no cabe la menor duda, cualesquiera que sean los esguinces jurídicos que traten de hacerse para demostrar lo contrario. Se limitó a poner fin a una tramitación incidental y su resultado no impide la prosecución del proceso en que fue proferida, desde luego que la excepción fue rechazada.

“Pero no es igual el resultado que produce la providencia en que se decide sobre una de las cuatro excepciones de fondo antes enumeradas: si la excepción se acoge, una vez quede en firme esa declaración, el proceso termina porque la relación debatida ha sido definitivamente decidida. Mas si la excepción se rechaza, el trámite continúa porque con ello en nada se define la relación sustancial litigada. Por tanto, como quedó explicado en providencia de 13 de octubre de 1976, sólo en el primer caso la resolución es una verdadera sentencia.

“De consiguiente, si la providencia con que termina el incidente de excepciones previas es un auto cuando se decide sobre las que tienen esta naturaleza o cuando se rechaza alguna de las que tienen esta naturaleza o cuando se rechaza alguna de las cuatro de fondo que pueden proponerse como previas, resulta patente que estuvo bien denegado el recurso de casación, pues éste no cabe contra autos, sino meramente contra sentencias que, además, llenen los requisitos indicados en el artículo 366 ibídem.

“Con muy buen criterio expresó el Tribunal que ‘tratándose de incidente de excepciones bien se ve que éste a menudo surge porque una de las partes proponga, dentro del proceso, que se decida como tal una cuestión que afecta el fondo mismo de la litis, como ocurre entre otras, con la excepción de prescripción, cuya decisión, en caso de no estar probados los hechos fundamentales, no pone fin al proceso, efecto que sí se logra cuando ese medio exceptivo prospera y en tal caso la providencia es definitiva y deja sin ninguna efectividad las peticiones del demandante porque dicha decisión excluye para siempre su pretensión. En tal sentido la providencia que declara probada la excepción de prescripción es una sentencia y al contrario si aquélla no prospera, su decisión tendrá la naturaleza propia de auto interlocutorio y simplemente pone fin al incidente, pero no a la relación jurídico-procesal y menos excluye la pretensión del actor que queda pendiente de una decisión de fondo’”.

Fluye de lo expuesto que el Tribunal se equivocó notoriamente al considerar que el auto que le negó al demandado en el divisorio la excepción de prescripción extintiva del derecho del demandante es una sentencia, y como tal es susceptible de configurar cosa juzgada, pues ese proveído es un simple auto que no apareja cosa juzgada ni agota jurisdicción alguna.

Y la trascendencia de este error es innegable, pues montándose en él fue como el sentenciador vino a concluir equivocadamente que tal decisión de rechazo del juez que conocía del divisorio implicó juzgamiento definitivo e inmodificable sobre las pretensiones del actor en esta pertenencia, error de por sí suficiente para quebrar el fallo acusado.

3. Por añadidura, *el Tribunal también incurrió en el desacierto fáctico de darle tratamiento de acción a la excepción de prescripción planteada en el divisorio.*

En efecto: es indudable que en el divisorio el demandante Pablo Cardozo propuso excepción de prescripción del dominio alegado por el demandante Troncoso.

Y lo es también que la excepción de este linaje tiene diferencias sustanciales y procesales con la prescripción adquisitiva.

Al respecto ha dicho la Corte:

“El demandado propuso la que llamó ‘excepción de prescripción adquisitiva’, siendo así que esta especie de prescripción sólo puede ser pro-

puesta como acción y no como excepción, por lo cual, cuando la alega el demandado, debe hacerlo en demanda de reconvencción. El demandado no arguyó que se hubiera extinguido el derecho del demandante para reivindicar, lo que implicaría una verdadera excepción, consistente en que el derecho de aquel habría prescrito, sino que adujo haber ganado por usucapión el inmueble litigado, por lo cual solicitó que se le declarara dueño, lo que constituye ejercicio de la acción de pertenencia de conformidad con el ordinal 1º del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil”.

Sobre el particular precisó la Corte los siguientes conceptos en casación de 29 de septiembre de 1977:

“La prescripción, como lo declara el artículo 2512 del Código Civil, no solamente es uno de los precisos modos de adquirir el dominio y los derechos reales sobre las cosas ajenas, sino que es también medio para extinguir las acciones y los derechos ajenos. La primera se llama prescripción adquisitiva o usucapión, y la segunda, prescripción extintiva. Hoy al tenor de lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, la usucapión o prescripción adquisitiva, ya ordinaria, ya extraordinaria, es fundamento para proponer demanda de declaración de pertenencia de un bien. En tal caso, la usucapión se ejerce como acción. Del mismo modo, cuando es la persona del demandado quien pretende haber ganado por prescripción adquisitiva el bien cuyo dominio se litiga, para alcanzar la declaración de pertenencia, él ha de proponer demanda de reconvencción en que ejercite, como acción, la prescripción adquisitiva. Pero si el demandado se limita a proponer excepción de prescripción, sin que en demanda de mutua petición solicite que se le declare dueño del bien litigado por haberlo adquirido por prescripción, entonces, así haya calificado la dicha excepción como prescripción adquisitiva debe entenderse que está alegando la prescripción extintiva; salvo que expresamente alegue dominio por haberlo ganado por usucapión, caso en el cual, por estarse proponiendo la prescripción como acción, debe rechazarse la excepción”.

Este yerro fáctico es evidente por cuanto el demandado Cardozo en el divisorio se limitó a proponer excepción extintiva del derecho de dominio de su demandante, sin haber formulado pretensión de usucapión a su favor, la que de contera ni propuso ni podía proponer, pues en el proceso divisorio no cabe demanda de reconvencción alguna.

Y en estas circunstancias no puede sostenerse, como equivocadamente lo hizo el sentenciador, que en el divisorio se le hubiere discutido y negado a Cardozo, con características de cosa juzgada, una pretensión de prescripción adquisitiva de dominio como la que ahora está esgrimiendo como demandante en esta pertenencia.

De aceptarse la tesis del Tribunal se llegaría al absurdo de que si la excepción de prescripción extintiva del derecho del demandante en el divisorio, propuesta por el demandado Cardozo, se le hubiere aceptado a este mediante ese simple auto, ya sería ineluctable y con características de cosa juzgada, tener a Cardozo como dueño del predio en cuestión por usucapión o prescripción adquisitiva del mismo. De ahí que el auto que negó la excepción del demandado, o sea la de prescripción del demandante, no tenga ni fuerza ni virtualidad de cosa juzgada en cuanto a usucapión a favor del excepcionante, como equivocadamente lo consideró el Tribunal.

4. Y no sobra mencionar que el sentenciador cometió otros evidentes errores de hecho que contribuyen a desquiciar su comprimido fallo, tales como no reparar en que las partes en el divisorio son únicamente Helio Troncoso y Pablo Cardozo, mientras que en la pertenencia figuran además de Troncoso, otros demandados (los herederos de Casimiro Cardozo, de Misael Cardozo y personas indeterminadas), lo que no le permite dar por establecido *a priori*, como lo hizo que hay identidad de partes en uno y otro litigio. Y de contera, no aparece que los linderos de los inmuebles en reivindicación sean iguales a los del divisorio, pues de la sola lectura de unos y otros (folios 13 y 14, cuaderno 1, y folio 75 *ibidem*), se advierte que no son coincidentes, lo que conduce a que sea fácticamente inexplicable que el Tribunal, sin mayor análisis ni certidumbre, hubiera concluido que hay identidad entre los predios objeto de ambos procesos, para apoyar en esa supuesta identidad, desvirtuada como se dijo por la simple lectura de las referidas alindaciones, la cosa juzgada que, por vía de excepción declarable oficiosamente, encontró configurada y así la prohibió en el fallo impugnado.

5. La trascendencia de todos los comentados errores fácticos es indiscutible, pues el Tribunal, en vez de avocar el estudio y decisión de la pertenencia que le fue planteada por el demandante y que el juzgado encontró acogible, le cegó de sacertada e inopinadamente su cauce procesal al declarar y acoger de oficio la referida excep-

ción de cosa juzgada, con obvia violación de las normas sustanciales señaladas en el encabezamiento del cargo y por los motivos expuestos en su remate.

Al prosperar, por tanto, la acusación, corresponde dictar el fallo sustitutivo; no sin que previamente la Corte, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, proceda a ordenar la práctica oficiosa de las pruebas que adelante se mencionarán.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 27 de enero de 1981, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario de Pablo Cardozo Ríos contra los herederos de Casimiro Cardozo y otros, sin costas en el recurso de casación.

Y ordena de oficio, antes de dictar la sentencia de reemplazo, la práctica de la siguiente prueba:

Por las partes allégase al expediente copia auténtica y completa del proceso divisorio de Helio Troncoso contra Pablo Cardozo, iniciado ante el Juzgado Civil del Circuito de Armero.

El término para practicar dicha prueba es de veinte (20) días y las partes prestarán toda su colaboración al respecto.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado
Doctor Humberto Murcia Ballén.

Dos son, en suma, las consideraciones de orden jurídico que hace la Sala para llegar a la quiebra del fallo del Tribunal Superior de Ibagué, aquí recurrido en casación, a saber:

a) Que Cardozo Ríos, quien fue demandado por Helio Troncoso para obtener la división material de un fundo que a ellos pertenecía en comunidad, no propuso en ese proceso la prescrip-

ción adquisitiva sino la extintiva, puesto que su defensa en este punto no la alegó "mediante demanda de reconvencción"; y

b) Que el proveído que en dicho proceso rechazó la prescripción invocada y decretó la división, "es un simple auto que no apareja cosa juzgada".

Como no comparto ninguno de tales dos razonamientos, pues los estimo equivocados, discrepo de la resolución a que la mayoría de la Sala llega en anterior sentencia y por lo consiguiente, a continuación, expongo respetuosamente los fundamentos de mi dissentimiento.

Primero. *La oposición formulada en el proceso divisorio.*

1. De acuerdo con las normas legales reguladoras de su trámite (artículos 467 a 474 del Código de Procedimiento Civil) el procedimiento para dividir, materialmente o por su valor, un bien que en común pertenece a dos o más condómines, constituye un proceso especialísimo en cuanto que se establece únicamente para tramitar y decidir esa controversia y no otra u otras. Es pues un proceso atípico en cuyo desarrollo tienen que acatarse las normaciones que lo estructuran; no es proceso tipo que como el ordinario, el abreviado o el verbal, equivale a una fórmula esquemática aplicable a controversias varias.

En punto al traslado de la demanda en dicho proceso, dice en efecto el artículo 470 *ibidem* que el comunero demandado puede, dentro de este término, oponerse o no oponerse a la división suplicada; que si no propone excepciones previas *ni de otra naturaleza*, ni formula oposición, "el juez decretará la división en la forma solicitada, *por medio de auto*". Que si propone simultáneamente excepciones y oposición "o únicamente ésta, el juez decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere convenientes, y señalará el término de veinte días para practicarlas, *vencido el cual resolverá lo que fuere conducente*"; y que "*El auto que decreta o niegue la división o la venta es apelable*" (subrayo).

De la preceptiva legal transcrita se infiere que en este especial procedimiento el demandado puede oponerse a la división; formular excepciones previas y de mérito y que en todo caso la división la decreta el juez, o la deniega, mediante una providencia que la misma ley califica de *auto*. Pero como ni dicho texto legal, ni otro alguno,

autoriza formular en este proceso demanda de reconvencción, que sólo es procedente en el ordinario y el abreviado (artículos 401 y 416 *ejusdem*), la prescripción que el comunero demandado invoque sólo puede serlo por vía de excepción: jamás por los trámites de la demanda de mutua petición que es legalmente improcedente.

2. Según lo indican las copias que forman los cuadernos 7 y 8 de este expediente Cardozo Ríos, dentro del término del traslado de la demanda que contra él dirigió Helio Troncoso para que se dividiera materialmente un fundo común que a ellos pertenece, se opuso a la pretensión de su demandante, alegando, entre otras razones, la de que él, como demandado, "adquirió parte del predio por haber transcurrido el tiempo necesario para la prescripción extraordinaria"; como lo dijo el juez de primera instancia en su auto de 21 de octubre de 1975; o en que "adquirió parte del predio, cuya división material se solicita, por haber transcurrido el lapso necesario que configura la prescripción mayor o extraordinaria", como lo aseveró el juez *ad quem* al confirmar el proveído anterior en su providencia de 17 de marzo de 1976.

El Juez Civil del Circuito de Armero y el Tribunal Superior de Ibagué entendieron entonces, al unísono, y sobre tal consideración, congruente además con la voluntad del demandado, decidieron la controversia divisoria, que la prescripción alegada fue la adquisitiva y no solamente la extintiva; y no podían exigir, pues ello habría resultado una exigencia claramente contraria a la ley, que se presentara demanda de reconvencción, pues tal acto de postulación, como ya se ha visto, es improcedente en este especial procedimiento.

Si, como está dicho, la ley autoriza al demandado en proceso divisorio que se oponga, presentando "excepciones previas y de otra naturaleza"; y si a la vez no permite en este procedimiento la contrademanda, tiene que entenderse necesariamente que la prescripción invocada es la adquisitiva y no solamente la extintiva, pues lo contrario implica el absurdo de reconocerle tal derecho a excepcionar de mérito, pero a la vez hacerle nugatorio su ejercicio.

3. Por esta consideración, que surge de la lectura aun desprevenida de la norma en comento, no comprendo, no puedo comprender cómo la Corte en la sentencia de cuyas motivaciones y resolución me separo, exprese que en el citado proceso divisorio Cardozo no invocó la prescripción adquisitiva a su favor, "pues sin mediar

demanda de reconvencción, *presupuesto indispensable para que se considere invocada por el demandado una acción de prescripción adquisitiva*, la oposición de Cardozo se encaminó únicamente a procurar que, *por vía de excepción*, se declarara que Troncoso ya no era dueño de cuota alguna proindiviso de dominio en el predio objeto de la división"; y que el Tribunal incurrió "en el desacierto fáctico de darle tratamiento de acción a la excepción de prescripción planteada en el divisorio".

Me parece que al razonar así la Sala distorsiona o altera el contenido esencial de la defensa del demandado en el proceso divisorio, desde luego que él no alegó solamente la extinción del derecho de su condómino sino, primera y preferencialmente, la adquisición por su parte del predio, "por haber transcurrido el lapso necesario que configura la prescripción mayor o extraordinaria"; y, en segundo lugar, que al afirmar que el demandado que en el proceso divisorio quiera proponer la prescripción adquisitiva tiene que hacerlo al través de una contrademanda, se está formulando una exigencia ilegal y por ende imposible de cumplir, pues la ley no permite tal manera de actuar en este especial procedimiento.

Segundo. *El auto decisorio de una pretensión y la cosa juzgada.*

1. Quizás por seguir literalmente el texto de las normas que en el Derecho Positivo Colombiano han regulado la cosa juzgada (artículos 473 del Código Judicial de 1931 y 332 del de Procedimiento Civil de 1970), abogados y jueces se han inclinado a vincular este fenómeno jurídico únicamente con la providencia judicial que la ley llama *sentencia*. O sea, que implícitamente le desconocen tal efecto a las decisiones interlocutorias.

Personalmente creo, sin embargo, apoyándome en la autoridad de eminentes procesalistas extranjeros y en la doctrina de nuestra Corte Suprema, que ese criterio restringido, que es el que acoge integralmente la *sentencia* de mayoría de la cual me separo, no es jurídicamente exacto. Dice José Chioyenda, en efecto, que "como en la mayoría de los casos, la resolución de fondo es una *sentencia*, estamos habituados a ligar a la *sentencia* la eficacia de la cosa juzgada, casi fenómeno misterioso, que para verificarse requiere el concurso de especial solemnidad. Llevada la cosa juzgada a su simple naturaleza, como hemos tratado de hacer, y teniendo presente que resoluciones de fondo pueden a veces ser tomadas también en formas distintas de las *sentencias*, como

la ordenanza y el decreto (se refiere a ciertas resoluciones judiciales de la ley italiana así llamadas por ésta), será fácil comprender que también una ordenanza y un decreto pueden producir la cosa juzgada, y esto ocurrirá cuando por una resolución semejante devenida definitiva quede afirmada e indiscutible una voluntad de ley que garantiza un bien a una parte frente a otra" (Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Editorial Reus, 1946, Tomo II, páginas 470 y 471).

Lo cual significa, aplicando dicho criterio al sistema colombiano, que cuando una controversia se decide, según la ley, por auto interlocutorio, esa decisión es definitiva y no puede modificarse en proceso posterior, salvo, eso sí, que un texto legal especial expresamente autorice su revisión.

Así lo ha dicho la Corte Suprema, pues en providencia que corre publicada en la página 67 de la *Gaceta Judicial*, Tomo LXXIX, año de 1954, se lee: "Tratándose de un fallo incidental, en firme y proferido en materia contenciosa, aunque no sea una *sentencia* formal, sí produce los efectos definitivos de ésta en los casos mencionados; sólo puede perder su eficacia al ser viable ventilar el mismo asunto por la vía ordinaria mediante la acción de revisión".

2. Porque si ordinaria y normalmente el proceso termina con una decisión denominada *sentencia*, casos hay no obstante que se le pone término, y por ende finaliza la pretensión en él discutida, mediante un *auto interlocutorio*, resolución que entonces, muy a pesar de su denominación, tiene que estar provista de fuerza vinculante suficiente para expresar la voluntad de la ley en forma definitiva, respecto de los extremos debatidos en la controversia que con dicho auto se dirime.

Que es lo que sucede, a mi juicio, con el auto que desechando la oposición y las excepciones propuestas por el demandado el juez decreta la división material o *ad valorem* del bien que pertenece a dos o más comuneros, a términos de lo indicado por el precitado artículo 470 del Código de Procedimiento Civil. Ese auto, así llamado en forma expresa y reiterada por la misma ley, tiene pues por finalidad inmediata y directa dirimir la controversia presentada entre los condóminos en torno a la terminación de la comunidad, que es lo que se pide en la demanda respectiva, "la división material de la cosa común, o su venta", y la oposición formulada por el demandado a través de las excepciones.

Se trata pues, en el caso del proceso divisorio, de un litigio que se decide por un auto, pero

frente al cual la ley consagra implícitamente la cosa juzgada, puesto que reconocida la comunidad y decretada la división del bien común esta resolución judicial, muy a pesar de ser formalmente auto y no sentencia, está provista de fuerza vinculante suficiente como expresión definitiva de la voluntad de la ley que es, y, por lo mismo, la cuestión así decidida, el reconocimiento de la comunidad y el decreto de división, no podrá ventilarse nuevamente en el mismo proceso en que se ha proferido, ni en otro posterior, desde luego que la ley no autoriza expresamente que pueda revisarse no obstante su ejecutoria.

3. En el proceso que para lograr la división de la finca "Palmarrosa" adelantó Troncoso contra Cardozo Ríos, éste, como demandado, se opuso a la partición suplicada alegando que había adquirido por prescripción el fundo y reclamó derecho exclusivo sobre éste. La controversia así surgida, luego de tramitarse el proceso correspondiente, fue decidida por el Juzgado del Circuito de Armero, mediante auto del 21 de octubre de 1975, por el cual declaró "no probada la excepción de prescripción alegada por el demandado, así como declarar infundada la oposición por él formulada" y decretó, como consecuencia, "la división material del bien común de que trata la demanda"; decisión ésta que fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Ibagué en su auto del 17 de marzo del año siguiente, proferida para desatar la apelación que el demandado interpuso contra la providencia de primera instancia.

Todo lo cual me permite pensar que el demandante en el presente proceso ordinario, señor Cardozo Ríos, antes de deducir aquí su pretensión consistente en que se le declare dueño, por prescripción, de todo el inmueble denominado "Palmarrosa", ya había ejercitado válida pero infructuosamente esa misma pretensión al invocar en su favor, dentro del proceso divisorio que para la división material de esa finca le siguió Troncoso; que con la decisión judicial negativa que a dicha pretensión se dio se consumó para el sedicente poseedor exclusivo esa facultad; y que, por lo mismo, el derecho respectivo precluyó y no puede, sin desconocer el carácter definitivo que según la ley corresponde a esa resolución, replantearla hoy nuevamente.

Porque si la insatisfacción que lo decidido en ese proceso especial produjo en Cardozo Ríos lo autorizara para formular luego, otra y cuantas veces lo quisiera, nuevas demandas sobre el mismo asunto, sin ser este precisamente uno de los

casos en que la ley expresamente establezca semejante especie de revisión, a más de que los litigios se tornarían indefinibles habría que aceptar que las controversias decididas por autos, por no ser sentencias en sentido formal, carecen de toda fuerza vinculante y de todo efecto definitivo, que es la tesis que pregona la mayoría de la Sala en su sentencia de la cual me separo. No se aviene con la necesidad de certeza que deben tener las decisiones judiciales que después que en el divisorio se dijo que no hubo prescripción a favor de Cardozo en relación con el fundo "Palmarrosa", en el presente proceso se diga lo contrario, o sea, que el bien que antes se reconoció ser una comunidad y por eso se ordenó dividir, ahora se vaya a decir que corresponde solamente a uno de esos condómines.

4. Las precedentes consideraciones són las que me han llevado a disentir de los razonamientos que, contenidos en la sentencia de la mayoría de la Sala, dicen: "... el Tribunal incurre en otros yerros fácticos, pues al auto que en el divisorio rechazó las excepciones propuestas por el demandado, le da carácter virtual de sentencia ..."; "... en el divisorio *no se puso fin a la actuación*, puesto que las excepciones del demandado no prosperaron, o sea, obviamente el proceso no finalizó ni hizo tránsito a cosa juzgada, sino que, por lo contrario, siguió su curso normal"; "fluye de lo expuesto que el Tribunal se equivocó notoriamente al considerar que el auto que le negó al demandado en el divisorio la excepción de prescripción del derecho del demandante es una sentencia, y como tal es susceptible de configurar cosa juzgada, pues ese proveído es un simple auto que, no apareja cosa juzgada ni agota jurisdicción alguna".

Si bien es verdad que el auto que decreta la división de la cosa común, ora material o ya *ad valorem*, no agota el proceso respectivo, pues que decretada la división corresponde ejecutar los actos indispensables para realizarla, ora el remate o ya la partición (artículos 471 a 474 *ibídem*); no puede ser menos cierto que, en cuanto decreta la división, sí agota esa jurisdicción, como que es justamente por virtud del ejercicio de esta función que el juez ha ordenado repartir la cosa común entre los comuneros, o el producto de su remate.

5. En los cuadernos 7 y 8 del expediente obran, legalmente traídas al proceso como que fueron decretadas oficiosamente por el juzgador *ad quem* de este proceso, las piezas más importantes del divisorio que ante el juzgado de Ar-

mero adelantó Helio Troncoso contra Pablo Cardozo. De dichas copias, de sus notificaciones y constancias se desprende sin hesitación alguna que la demanda respectiva, presentada el 8 de marzo de 1974, fue admitida en el juzgado por auto del 27 de mayo siguiente y notificado el 1º de agosto de 1974.

Y como la demanda de pertenencia a que se contrae este proceso ordinario fue presentada posteriormente y sólo quedó notificada a los demandados el 29 de mayo de 1976, tiene que seguirse necesariamente, aun prescindiendo de las pruebas que la Corte decreta en su sentencia que produce mi discrepancia, que el proceso de pertenencia fue instaurado con posterioridad al divisorio. O sea, que Cardozo Ríos ha demandado la declaratoria de pertenencia a su favor de un predio común, que como tal es objeto de un juicio divisorio y en el cual la división ya está decretada.

Así lo reconocieron los juzgadores de instancia en el divisorio, y con fundamento en esa consideración, que encontraron probada en sus supuestos fácticos, desecharon la excepción de pleito pendiente allá propuesta, pues al fallarse el divisorio aún no existía, como proceso, el de pertenencia.

Y si ello es así, ¿podrá la Corte, al proferir la sentencia de instancia, acceder a las súplicas de esta demanda? Yo no lo creo, pues encontrará seguramente un óbice insalvable que es el numeral 4 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, a términos del cual "no procede la declaración de pertenencia si antes de consumarse la prescripción estaba en curso un proceso de división del bien común ...".

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Cuando el cuentacorrentista llena incorrectamente los formularios de consignación y el banco los acepta así, uno y otro cometen culpa notoria concurrente en la producción del daño. La sola culpa del primero no tiene virtud suficiente para generar el perjuicio, ni el banco puede prevalerse de la cláusula de exoneración de su responsabilidad, de extensión ilimitada.

La correcta interpretación del artículo 865 del Código de Comercio no permite entender que el incumplimiento del titular de la Cuenta faculta al Banco para cumplir sus propias obligaciones de manera deficiente o descuidada. El contrato de cuenta corriente no puede catalogarse entre los que se celebran intuitu personae, aunque el Banco estudie previamente la solvencia moral de sus futuros clientes.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

El acreedor que sólo cobra intereses como indemnización de perjuicios por la mora no está obligado a justificarlos. Pero si pretende el resarcimiento de otro daño debe probar que lo ha padecido, aun en el caso de que éste se derive de la desvalorización monetaria.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

Bogotá, 5 de octubre de 1982.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 31 de enero de 1981, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Enrique Sudarsky contra el Banco Popular.

I *Antecedentes*

1. En demanda ordinaria del 30 de junio de 1977, que correspondió al Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, Enrique Sudarsky llamó a juicio al Banco Popular con el fin de obtener se le condenase a pagarle \$ 1.032.889.88 por concepto del valor de las consignaciones hechas por el demandante para su cuenta corriente que mantenía con el citado banco, según comprobantes que fueron anexados y las cuales no le fueron abonadas, y para que se le condenase al pago de los perjuicios consistentes, en especial, en los intereses mercantiles corrientes de dichas consig-

naciones, desde cuando cada una de ellas se hizo hasta cuando se haga el pago, o, en subsidio, desde la contestación de la demanda, amén de las costas procesales.

2. En síntesis, la demanda se apoyó en estos hechos:

a) Enrique Sudarsky es un arquitecto que ha tenido a su cargo varias empresas de construcción de edificios para oficinas y apartamentos, especialmente en Bogotá, para venderlos al público, todo lo cual ha significado inversiones muy cuantiosas y un manejo técnico, económico y financiero de las mismas, en forma muy compleja;

b) Por razón de sus importantes actividades, el demandante tiene y ha tenido varias cuentas corrientes bancarias a su nombre y además maneja y tiene firma autorizada en otras cuentas corrientes de compañías de las cuales es socio, o de miembros de su familia, todo lo cual "le ha hecho necesaria la colaboración de varias personas a su servicio. Una de ellas fue la señora Lubdivina (Ludy) Botello de Morales, su secretaria, quien era la encargada, entre otras cosas, de hacerle sus consignaciones en los bancos";

c) Respecto de la cuenta corriente bancaria personal del demandante en el Banco Popular, Sucursal Principal, distinguida con el número

040-21055-1, "el actor ordenaba que hiciera las consignaciones, le entregaba los cheques endosados con su firma, ella llenaba el formulario del banco a nombre de Enrique Sudarsky y le ponía los valores correspondientes y su suma. El doctor Sudarsky las revisaba, verificaba su nombre y cuantía y era enviada al Banco. Ocurrió que numerosas consignaciones no le fueron abonadas por el Banco en su cuenta, no obstante haber sido hechas como se demuestra con los recibos correspondientes expedidos por el Banco, copia de las cuales se anexan a esta demanda. Respecto de tales consignaciones la secretaria les anotaba el número de la cuenta que a su nombre ella tenía en el mismo Banco. A pesar de que la consignación se hacía a nombre de Enrique Sudarsky, el Banco las abonaba no a éste sino a su secretaria Ludy Botello de Morales en la cuenta de ésta número 040-21570-9. Tal fue el mecanismo utilizado por la secretaria para que la cuenta del demandante, distinguida con el número 040-21055-1, no recibiera las consignaciones que adelante se relaciona. Luego, era el Banco el que contabilizaba la consignación y por lo mismo quien incurrió en tan graves errores. La secretaria confesó plenamente en la indagatoria su proceder";

d) Tan pronto descubrió la maniobra de su secretaria, el demandante la denunció penalmente y en la actualidad se encuentra detenida, habiendo sido llamada a juicio, lo mismo que su esposo y otra cómplice;

e) El demandante ha recibido como perjuicios directos plenamente demostrados la privación de los valores consignados no abonados en su cuenta, además de los intereses bancarios corrientes de esa suma de dinero, desde las fechas de las consignaciones hasta cuando se haga el pago, consignaciones hechas por el demandante a su cuenta corriente en el mencionado Banco Popular, Sucursal Principal de Bogotá, que no le fueron abonadas, y que abarcan desde el 11 de junio de 1973 hasta el 17 de septiembre de 1975, por un total de \$ 1.032.889.88, y

f) El Banco Popular incurrió en *culpa contractual* al contabilizar erróneamente las consignaciones hechas por el demandante, relacionadas en el libelo, y abonadas a persona diferente privándolo de su valor, responsabilidad que frente al cuentacorrentista es evidente e ineludible, precisamente por ser el receptor de valores monetarios que le traían innegables beneficios y además ser entidad especializada y legalmente autorizada con carácter exclusivo para tal ne-

gocio. Su organización contable falló y por tanto le corresponde asumir las consecuencias, pero no desplazarlas sobre el depositante, siendo un claro caso de responsabilidad contractual.

3. El Banco demandado, al dar respuesta al libelo, aceptó varios de los hechos afirmados en la demanda y negó los restantes, agregando que, respecto del abono de los dineros depositados, el Banco procedió de acuerdo con los comprobantes de consignación que reposan en sus archivos y que pone a disposición del juzgado. Además propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y las demás que resultaren probadas dentro del proceso.

4. La primera instancia terminó con sentencia absolutoria del 3 de octubre de 1978, que por apelación del demandante dio campo a la segunda instancia ante el Tribunal de Bogotá, en donde después de tramitado debidamente el recurso, se le puso fin con sentencia del 31 de enero de 1981, que revocó la del inferior y en su lugar dispuso lo siguiente:

"*Primero.* Revócase la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá el tres (3) de octubre de 1978, dentro del proceso adelantado por Enrique Sudarsky frente al Banco Popular, Sucursal Principal de Bogotá, y en su lugar se decide como a continuación se indicará en los siguientes numerales.

"*Segundo.* En relación con las tres súplicas principales y la subsidiaria, no prosperan las pretensiones en cuanto a las consignaciones respaldadas por los dieciséis comprobantes originales indicados en el Capítulo III, punto 3º, literal g), marcados con los números 3, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 17, 22, 27, 31, 33, 56 y 58, los cuales aparecen a nombre de Ludy Botello y con el número de cuenta de ésta (040-21570-9), en los originales que fueron encontrados en el Banco el día de la inspección judicial.

"*Tercero.* En relación con las tres súplicas principales del libelo demandatorio, y en cuanto a las 39 consignaciones originales indicadas en el Capítulo III, punto 3º, literal h), restando la consignación marcada con el número 24, consignaciones marcadas en la demanda y en los originales de consignación, cuyas fotocopias fueron allegadas dentro de la inspección judicial, con los números 6, 7, 18, 19, 21, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 32, 34, 36, 37, 38, 39, 35, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 y 65, agregando las consignaciones acreditadas por los duplicados o copias marcados en la

demanda con los números 5 y 40, se declaran no probadas las excepciones propuestas por el Banco Popular Sucursal Principal y no es el caso de declarar frente a ellas oficiosamente ninguna excepción conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

“*Cuarto.* Prosperan parcialmente las súplicas principales de la demanda en relación con las consignaciones que aparecen en esta y en los respectivos comprobantes originales, indicadas en el Capítulo III, punto 3º, literal h), en número de 39 que están marcadas con los números 6, 7, 11, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65, quitando la marcada con el número 24 y agregando el valor de las consignaciones acreditadas por los duplicados o copias marcados en la demanda con los números 5 y 40, hasta en el 60% de las sumas que no fueron consignadas y pagadas al demandante, en virtud de las consignaciones preindicadas en este numeral, junto con los intereses comerciales desde que las partidas abonadas a la Botello de Morales, hasta el día del pago, teniendo en cuenta la relación hecha por los peritos y los certificados que se agreguen a los autos para acreditar intereses comerciales en lo futuro hasta el día en que sean pagadas las partidas.

“*Quinto.* Como se condena al Banco Popular Sucursal Principal a pagar al demandante los perjuicios derivados de no haberle abonado en su cuenta corriente las consignaciones relacionadas en el punto anterior, hasta el 60% se condena al Banco a pagar al demandante, con corrección monetaria sobre las sumas de pesos que se salgan a deber, en la proporción mencionada de acuerdo con los certificados que se agreguen a los autos teniendo en cuenta lo explicado en la parte motiva de esa sentencia, por concepto de devaluación monetaria y como daño emergente.

“*Sexto.* Costas de primera y segunda instancia en el 60% a cargo de la parte demandada.

“*Parágrafo:* Durante la ejecución de la sentencia deberá procederse a la regulación de los perjuicios (artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil)”.

Contra esta sentencia el Banco demandado interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

II

Las motivaciones del fallo impugnado

1. Después de recontar los antecedentes del proceso y su trámite cumplido en ambas instan-

cias y de no encontrar reparo a los presupuestos procesales, el Tribunal procede a analizar la pretensión invocada y a mencionar que se trata de una acción de responsabilidad civil generada en el incumplimiento de un contrato de cuenta corriente bancaria.

Pasa a efectuar un análisis general y teórico de la actividad bancaria, calificándola tanto de *servicio público*, como de peligrosa y en cuanto al contrato de cuenta corriente lo clasifica como de adhesión, sin confundirlo con el contrato de cuenta corriente comercial, ni con la cuenta corriente como noción o realidad contable.

Expresa el Tribunal que a los contratos comerciales se les aplican las disposiciones que regulen casos semejantes y precisa que el de cuenta corriente bancaria es contrato consensual y bilateral. En seguida entra al análisis de las pruebas y menciona que de las que obran en el expediente puede inferirse que en junio de 1973 el demandante abrió en el banco demandado una cuenta corriente bancaria distinguida con el número 040-21055-1, “cuyas condiciones están redactadas en el reglamento de cuentas corrientes obrante en autos sin reparo de las partes en cuanto a su contenido. Contribuyen a acreditar esta realidad los distintos recibos procedentes del Banco Popular, la solicitud de cuenta autenticada, la inspección judicial a la contabilidad del Banco Popular, Principal, dentro de las cuales se allegaron fotocopias de los extractos de la citada cuenta corriente.

Agrega que también está demostrado que existió una cuenta corriente entre Lubdivina (Ludy) Botello de Morales y el mismo Banco Popular Principal, distinguida con el número 040-21570-9, abierta el 13 de septiembre de 1973, es decir posteriormente y con diferencia de pocos meses con relación a la del demandante, respecto del mismo Banco, y surge también la evidencia de que dicha señora ocupó el cargo de secretaria del demandante desde el 20 de marzo de 1973, “y que tal como afirma la demanda depositó el señor Sudarsky gran confianza en ella, a tal punto de que le entregaba ‘los cheques endosados con su firma, ella llenaba el formulario a nombre de Enrique Sudarsky y le ponía los valores correspondientes y su suma. El doctor Sudarsky los revisaba, verificaba su nombre y cuantía y era enviado al Banco’. Esta versión del libelo demandatorio es corroborada por la misma Botello de Morales en su indagatoria en la cual expresa que ‘se hacía la consignación a nombre de él, la única diferencia era el número de la

cuenta corriente, el número de la mía, era lo más raro, la consignación se hacía a nombre de él y el número de la cuenta estaba anotada unos a nombre de él y otros a nombre mío, yo no sé cómo harían en el Banco, pero aprobaban y pasaban los dineros directamente a mi cuenta, yo no conocía a nadie en el Banco'. Contribuye a dar fuerza a lo anterior las declaraciones del mismo demandante al ser interrogado bajo juramento, junto con los testimonios de Hernando Jiménez Posada, colaborador del demandante en asuntos 'contables, financieros, y tributarios', conforme al dicho de este testigo y de los demás testimonios concebidos".

Y al continuar con el análisis del acervo probatorio, encuentra acreditada la investigación penal contra la ex secretaria de Sudarsky y contra su esposo, lo mismo que contra Elizabeth Franco Reyes, quien también trabajaba con el señor Sudarsky, no sin observar que en todas las consignaciones a que se refiere la demanda, aparece el nombre del señor Sudarsky como consignante, pero también en todas ellas aparece escrito el número de la cuenta de Ludy Botello de Morales. Y los cheques que en esa forma se consignaban, aparecen endosados por el señor Sudarsky al reverso "y lleva el número de la cuenta de la Botello de Morales junto a la firma del endoso".

También respecto de algunos comprobantes presentados con la demanda, hay algunos que aparecen con el nombre de Sudarsky, pero en los duplicados unos llevan el número de la cuenta de éste, otros el de la Botello y otros no tienen número. Y formula algunas otras observaciones de menor trascendencia respecto de los citados comprobantes todo para concluir que de los 63 recibos de consignación acompañados con la demanda, 57 aparecen abonados a la cuenta de la Botello y de los 6 restantes hay tres que aparecen abonados a la cuenta del demandante y los restantes no aparecen en ninguno de los extractos respectivos.

Pasa a interpretar la demanda para concluir que ha sido planteada para obtener una declaración de condena no solamente en cuanto a las cantidades que debieron consignarse en la cuenta del demandante y se consignaron en la de su secretaria, sino también a aquellas cantidades que fueron recibidas por el Banco por parte del demandante y no se abonaron a su cuenta, las que suman \$ 44.863.22.

Se refiere a un cuadro explicativo elaborado por expertos contables y anotando de paso que estuvo correctamente decidida en forma adversa

la excepción de caducidad propuesta por el demandado, a su juicio todos los anteriores elementos arrojan la realidad de que en la cuenta del demandante no le fueron consignadas las sumas correspondientes a 57 consignaciones que indica detalladamente, según comprobantes que el demandado, al contestar la demanda, advirtió que estaban en su poder y luego fueron exhibidos en el curso de una inspección judicial, en donde se verificó que de dichos originales unos estaban a nombre de Sudarsky y otros a nombre de la Botello de Morales, por lo cual "es indudable que sobre los duplicados o copias se operó 'fraude en cuanto al nombre del consignante, total o parcial, contributivo de la ejecución del ilícito penal de que se ha acusado a la Botello que, se repite, fue llamada a juicio por falsedad y esta en documentos, la cual aprovechó la colaboración o falta de cuidado o diligencia de subalternos o agentes del Banco'".

En este orden de ideas pasa a recordar que, conforme al artículo 1386 del Código de Comercio, constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente el recibo de depósito expedido por el Banco, pero apareciendo los recibos y comprobantes originales unos a nombre de la Botello Morales y otros a nombre del demandante, en tanto que los duplicados o copias todos están extendidos a nombre del demandante y allegados con la demanda, esta discordancia de los originales con las copias ante el valor probatorio que a los recibos atribuye el citado artículo, "denota perplejidad no insoluble como en seguida explicaremos".

Al efecto y después de comentar algunos temas generales de Derecho Mercantil y del valor probatorio de los libros de comercio y de los papeles que deben llevar los comerciantes, procede a distribuir en dos grupos los comprobantes originales examinados en la inspección judicial así: 1º) aquellos que aparecen a favor o a nombre de la Botello de Morales, con su correspondiente número de cuenta (040-21570-9); y 2º) los que están extendidos a nombre del demandante.

En lo que respecta a los primeros, en total 16, es evidente la exoneración de responsabilidad del Banco, pues van con el nombre y número de la cuenta de la señora Botello de Morales y de conformidad con el artículo 664 del Código de Comercio podía cobrarlos para el tenedor, aunque no estuvieran endosados por éste. Pero respecto de los otros, la circunstancia de aparecer los duplicados o copias con el nombre del demandante "lleva a pensar de dos maneras: bien que so-

lamente actuó la Botello de Morales sobre tales comprobantes o consignaciones para alterarlos sin ayuda de ninguna persona del Banco, en cuanto al 'nombre de la cuenta', aprovechando o no la falta de cuidado de la entidad bancaria, o bien, que realizó la alteración con la complicidad de uno o varios de los empleados o agentes del Banco. Pero ante todo, la verdad que emerge de los documentos originales ya estudiados, lleva a concluir en la no comprobación de que las consignaciones sobredichas debieran acreditarse a la cuenta del demandante, imponiéndose en cuanto a estas sumas de dinero el fracaso de las pretensiones, debiendo denegarse respecto de ellas las súplicas de la demanda".

Pero en lo relativo a las consignaciones, cuyos originales están extendidos a nombre del demandante, y que ascienden a treinta y nueve (39), "para el Tribunal no cabe duda que han debido acreditarse en la cuenta de éste, ya que aparece clara la intención del mismo a través de su secretaria para que fueran abonadas a nombre de él. Porque no cabe otra explicación al hecho de que en el recibo de depósito expedido por el Banco se indique claramente como 'nombre de la cuenta' el de Enrique Sudarsky, así se haya escrito sobre el mismo recibo el número de la cuenta de Botello, lo mismo que debajo del endoso de los títulos valores efectuados por Sudarsky al estampar su firma para facilitar la consignación a nombre de él; si se escribió como nombre de la cuenta el de Sudarsky, lógicamente fue para indicar que él era el *depositante* o *consignante* y que las dichas partidas debían acreditarse a su cuenta número 040-21055-1, mas no a la cuenta de la Botello, número 040-21570-9. Por lo demás era muy fácil notar la irregularidad consistente en que no correspondía el 'nombre de la cuenta' con el número de la misma, ante lo cual ha debido el Banco exigirle aclaración a la Botello al respecto, o pedirle a Sudarsky y no consignarle a la cuenta de ella cantidades que indudablemente eran para la cuenta de éste".

Agrega que no vale decir que es costumbre bancaria la de hacer las consignaciones con base en el número de la cuenta del depositante, porque en autos no existe la demostración de esta costumbre, luego respecto de estas partidas sí deben prosperar las peticiones de la demanda.

Pero además considera el Tribunal que el demandante fue imprudente en el manejo de su cuenta bancaria y que por ello se expuso a que el daño le fuera causado, imprudencia consisten-

te en haber depositado demasiada confianza en su secretaria, tal como lo confiesa en la demanda, permitiéndole llenar los comprobantes de depósito, y aunque dice haber realizado las consignaciones antes de que la secretaria las llevara al Banco, previo el endoso de los cheques, es inexplicable que no se hubiera dado cuenta de que, o bien no aparecía en los comprobantes ningún número de cuenta, o que aparecía de la cuenta de Botello; a más de que en ninguna parte expresa haber vigilado y revisado las mismas consignaciones después de efectuadas, ni tampoco los extractos que periódicamente le hacía llegar el Banco.

De todo lo anterior el Tribunal concluye que hubo concurrencia de culpas del demandante y del Banco, aun cuando la de aquel no alcanza a tener la virtualidad de exonerar la de éste, pero en todo caso la apreciación del daño deberá reducirse en un 40%, en armonía con lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil, debiendo condenarse al Banco, en cuanto a las cantidades por las cuales se le considera responsable, hasta en un 60% de dichas cantidades y de los perjuicios causados al demandante.

2. En cuanto a las excepciones del demandado, comenta que, según la cláusula 9ª del contrato de cuenta corriente, el depositante se obliga a "llenar en forma correcta todos los detalles que dichos formularios contengan" y que "el Banco no asume responsabilidad alguna por errores causados en la deficiente o equivocada elaboración del formulario", pero el carácter de servicio público y la trascendencia de las operaciones bancarias, exigen a las personas que se ocupan de ellas un gran cuidado en la ejecución de las obligaciones emanadas de la cuenta corriente, "lo que *prima facie* no justifica el que aprovechándose del contrato de adhesión así celebrado, pretenda ponerse a salvo el Banco, invocando cláusulas como ésta".

De donde concluye que no es aceptable la defensa del demandado, ni tampoco la que se hace consistir en la cláusula del reglamento, cuestión según la cual "el Banco remitirá al cliente por lo menos una vez al mes, a la dirección registrada para tal fin, un extracto del movimiento de la cuenta corriente del respectivo período ... y si el titular de la cuenta no la objetara dentro de los quince días siguientes a la fecha del corte, se entenderá finiquitado por esto la cuenta hasta esa fecha", pues interpretando esta cláusula, ella no es óbice para adelantar proceso posterior tendiente a la rectificación de errores, omisiones.

partidas duplicadas y otros vicios de la cuenta, tal como el proceso que se está decidiendo.

Y si bien llegare a considerarse la presente acción como una de impugnación en los términos del artículo 1259, inciso 2º del Código de Comercio, para concluir que ella caducó, por haber transcurrido 6 meses desde la fecha de recepción del resumen, tal situación no es aplicable a la cuenta corriente bancaria, sino a la simplemente comercial.

Además de no ser aceptable que el Banco se acoja a las cláusulas 9ª y 12 del reglamento en cuestión, no es inadmisibles que para efectos de abonar unas sumas a una cuenta corriente se haya acogido el Banco exclusivamente al número de la cuenta y no al nombre de su titular, con lo cual el Banco incurrió en una grave culpa, equivalente al dolo, pues por ser bilateral el citado contrato, en él responden las partes hasta de la culpa leve, desde luego también de la grave.

En consecuencia, de todo lo expuesto concluye que debe accederse parcialmente a las súplicas de la demanda en las cuantías que luego se precisarán en la parte resolutive del fallo, junto con los intereses comerciales correspondientes a cada una de dichas partidas desde cuando se hizo la consignación hasta cuando se efectúe el pago total de las mismas, intereses, cuyo paso se ordena por concepto de perjuicios.

Ya para terminar, dice el Tribunal que como prospera la súplica relativa a los perjuicios, en atención a la devaluación monetaria y a lo dispuesto en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil y a reciente jurisprudencia de la Corte, aun cuando ello no se haya pedido expresamente, debe asumir el Banco demandado el deterioro de la moneda que ha de pagar, para lo cual se pronunciará condena en abstracto que luego deberán liquidarse conforme a la técnica que se utiliza para estos casos.

La demanda de casación

El recurrente formula cuatro cargos, todos enmarcados en la causal primera, que serán despachados en su orden, pues sólo se halla próspero el último que ataca una de las resoluciones del Tribunal.

Primer cargo. Por vía indirecta y a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, se acusan como violados los artículos 865 y 822 del Código de Comercio y 1609 del Código Civil, por falta de aplicación; y los ar-

tículos 1382, 881 y 884 del Código de Comercio por aplicación indebida.

La censura está formulada así:

“El hecho quinto de la demanda dice: En relación a su cuenta personal en el Banco Popular, Sucursal Principal, el actor le ordenaba que hiciera las consignaciones, le entregaba los cheques endosados con su firma, ella llenaba el formulario del Banco a nombre de Enrique Sudarsky y le ponía los valores correspondientes y su suma. El doctor Sudarsky las revisaba, verificaba su nombre y cuantía y era enviada al Banco.

“La declaración de parte de Enrique Sudarsky dice en la pregunta octava: ¿Refiriéndose concretamente a su cuenta corriente personal distinguida con el número 040-21055-1 no revisaba contra el extracto enviado por el Banco el estado de su cuenta? *Contestó:* No, yo únicamente preguntaba a mi secretaria que se ocupaba de cuadrar el extracto con la chequera si todo estaba correctamente y así informado *y contando con el saldo que tenía quedaba tranquilo. Pregunta novena:* ¿Le entregaba Ludy Botello de Morales los comprobantes de consignación en cada oportunidad? Se aclaró la pregunta si era después de la consignación en cada oportunidad? *Contestó:* Sí, efectivamente yo constataba de que se hubiera hecho la consignación y que estuviera el duplicado de la misma. *Décima pregunta:* ¿Notó usted alguna nota extraña en los duplicados de los comprobantes de consignación que le entregaba? *Contestó:* No. *Decimotercera:* ¿Verificaba usted los comprobantes de consignación en cuantía, nombre y luego eran enviados al Banco? *Contestó:* Sí.

“Y a una pregunta del juzgado acerca de la fecha en que la persona a quien delegaba la confrontación de los extractos con la cuenta corriente personal en el Banco Popular, le informó de las irregularidades, el demandante *contestó:* Nunca porque era Ludy Botello de Morales la que hacía las consignaciones y ella misma era la que confrontaba y aparecía en el extracto, concordaba con el de la chequera”.

“Las confesiones indicadas demuestran:

“a) Que el demandante ordenaba a su secretaria Ludy Botello de Morales, que hiciera las consignaciones de cheques endosados con su firma en la cuenta de aquél en el Banco demandado;

“b) Que ella llenaba el formulario con el nombre de él y les ponía los valores correspondientes a su suma;

“c) Que el doctor Sudarsky las *revisaba*, verificaba su nombre y cuantía y después de revisadas eran enviadas al Banco, se presume que por encontrarlas correctas;

“d) Que luego de realizada, el demandante verificaba que se hubiera hecho la consignación y que estuviera su duplicado;

“f) Que en esta verificación no notó ninguna nota extraña en los duplicados de los comprobantes”. Esto durante más de dos años, observa el censor;

“g) Que no revisaba personalmente el extracto de cuenta bancaria, sino que le preguntaba a Ludy si coincidía con el saldo de la chequera y como ésta le respondía afirmativamente, quedaba tranquilo, lo cual revela una extraña confianza en su secretaria;

“h) Que ésta no le informó nunca la irregularidad al respecto, porque ella misma confrontaba y consignaba.

“Por otra parte, el contrato de depósito en cuenta corriente entre Sudarsky y el Banco, dice: Las consignaciones se harán en formularios que el Banco suministre, obligándose el depositante a llenar en forma correcta todos los detalles que dichos formularios contengan.

“O sea que, en el contrato referido, cronológicamente era primero la obligación del actor de llenar correctamente los formularios de consignación en su integridad, pues la estipulación no hace distinciones entre detalles principales y secundarios como dice sin base alguna el Tribunal.

“Si los formularios no eran llenados correctamente, cual ocurrió en el caso *sub judice*, no obstante que Sudarsky los revisaba y no encontró nunca irregularidad, como tampoco en las copias que verificaba después de cada consignación, lo que demuestra falta de prudencia y diligencia, ya que el número de la cuenta corriente del depositante era de aquellos detalles que debían llenarse bien, es evidente que Sudarsky fue quien primero incumplió el contrato.

“Por lo cual, aun aceptando la culpa del Banco al no fijarse en el error y no acreditar el monto de las consignaciones en la cuenta del titular sino en la otra, ella habría incurrido cuando había incumplido el demandante.

“Por tanto, el Tribunal erró de hecho al pasar por alto las pruebas citadas antes, para efectos

de reconocer que el Banco no estaba obligado a cumplir, ya que el artículo 865 del Código de Comercio dispone: ‘En los negocios jurídicos plurilaterales el incumplimiento de alguno de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes’. Lo cual sucede con el depósito en cuenta corriente, porque los bancos no están obligados a abrir tal cuenta a toda persona que lo solicite, sino que la abren a aquéllas que le inspiran confianza, pues se trata de un riesgo permanente, lo que explica que ambas partes se reserven el derecho de ‘darlo por terminado en cualquier momento’, como dice el contrato materia del proceso y el artículo 1389 del Código de Comercio, pues se trata de una de las características de los contratos celebrados en consideración a la persona de los contratantes”.

Agrega el censor que “el error demostrado es de ambos tipos, pues si la sentencia no ignoró materialmente el *petitum* y el hecho 5º de la demanda que transcribe y a los que hace referencia no los estimó de acuerdo con su significado objetivo en relación con los hechos confesados. Y por otro lado, nada dijo respecto a la declaración de parte que contiene las confesiones denotadas, trascendentes en la decisión”.

Para rematar, el censor, dice: “Si en este caso el incumplimiento del demandante liberaba o mejor suspendía las obligaciones del Banco, el Tribunal hubiera debido aplicar la norma citada, así como el artículo 1609 del Código Civil, que operaba según el 866 y el 822 del Código de Comercio y declarar la excepción de contrato no cumplido que determinaba liberar a mi representado. Como no lo hizo, violó dichos preceptos y el artículo 1382 del Código de Comercio por aplicarlo a un caso en que no operaba, como también las disposiciones sobre pago de intereses comerciales citados. Y como medio violó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil respecto de la excepción”.

La Corte considera

Es un hecho mutuamente aceptado por las partes que el demandante Enrique Sudarsky y el Banco Popular, Oficina Principal de Bogotá, desde el 11 de junio de 1973, celebraron contrato de cuenta corriente bancaria. Desde entonces surgió, pues, para el cuentacorrentista la facultad de hacer en esa entidad consignaciones en dinero y en cheques, y, correlativamente, nació para el Banco Popular la de recibir esas con-

signaciones y depositarlas en la cuenta de aquél. Además, por expresa disposición del "Reglamento de cuentas corrientes" que el demandante Sudarsky aceptó conocer y acatar desde cuando suscribió la solicitud de apertura de aquella cuenta (folios 24 a 28 del cuaderno principal), éste se obligó a hacer las consignaciones en los formularios suministrados por el Banco, llenando en forma correcta los detalles contenidos en ellos; a su vez el Banco declaró no asumir responsabilidad alguna por errores causados por deficiente o equivocada elaboración del formulario.

Aunque es evidente que el legislador estuvo corto y no fue muy afortunado en la reglamentación que del contrato de cuenta corriente bancaria hizo en el Capítulo I del Título XVII del Libro IV del Código de Comercio (artículos 1382 a 1393), es lo cierto que por la misma índole de esa convención, resulta lógico que los bancos tengan la facultad de rechazar las consignaciones cuando los cuentacorrentistas las presenten omitiendo requisitos convenidos o propios de la esencia del contrato. En este caso ninguna responsabilidad puede deducirse al Banco, pues el rechazo queda justificado por haber incumplido el consignante las reglas que deben observarse en la elaboración de los respectivos formularios. Del mismo modo es necesario concluir que si el Banco acepta una consignación en la forma que la presenta el depositante, sin manifestar reparo alguno en el momento de recibirla o aún antes de hacer los asientos o anotaciones correspondientes para abonar su monto al consignante, ello comporta aceptación tácita del Banco relativamente a que el depósito se ha hecho en formularios suministrados por él y con el lleno correcto de sus detalles. Esto es evidente, porque si la consignación se hace en otros formularios o sin llenarlos correctamente, el Banco tiene la facultad de rechazarla mientras no se cumplan aquellas exigencias.

Resulta entonces acompasado con la lógica y con la justicia, concluir que si el cuentacorrentista, por descuido suyo llena incorrectamente los formularios de consignación y el Banco negligentemente los acepta así, y no rechaza la consignación defectuosa o no llama la atención sobre ese hecho criticable, uno y otro cometen notoria culpa. Ambos obran de manera descuidada, ambos son reos de negligencia indiscutible. La culpa concurrente es bien notoria, porque si el Banco hubiera llamado la atención al depositante sobre los errores cometidos al completar los formularios, entonces ningún daño se hubiera

podido causar. Por el contrario, si el Banco, incurriendo en negligencia inexplicable, acepta las defectuosas consignaciones, entonces su proceder o, mejor, su omisión, concurre con la culpa del cuentacorrentista a la producción del daño.

Adviértese que la sola culpa del depositante, si el Banco hubiera cumplido con sus obligaciones, no habría podido producir por sí sola el daño. Y de la misma manera, si los formularios hubieran sido correctamente llenados, la negligencia del Banco en revisarlos no hubiera podido, por sí sola, causar perjuicio. De lo cual se concluye que, en el ejemplo propuesto, la culpa de uno y otro concurre, pues, de manera conjunta a producir el efecto dañino.

Conforme con su derecho obra el Banco, si por defectuoso lleno de los espacios de los formularios de consignación, se niega a recibir las consignaciones que le presente el cuentacorrentista, y, por tanto, no puede exigírsele responsabilidad por acto que tiene clara justificación. En cambio ha de responder si actuando negligentemente, prevalido en una cláusula de exoneración de responsabilidad, de extensión desmesurada, que no puede tener tan amplio efecto, el Banco recibe consignaciones en que los formularios indican consignante y número de cuenta que no corresponden el uno al otro y que, por tanto, generan duda sobre si la consignación debe hacerse en la cuenta corriente del nominado o en aquella a que el número corresponde.

Pero es más, la culpa del consignante no puede calificarse en sus efectos jurídicos, sino en el preciso momento en que el Banco acepta para abonar o rechaza la respectiva consignación, pues antes de entregarla al Banco, los defectos que contenga el formulario de consignación son inocuos. El recibo del depósito expedido por el Banco, que en este caso consiste en uno de los ejemplares del formulario, es la prueba de haberse hecho la consignación, como lo establece la ley.

Descendiendo al caso que en este proceso se litiga, ha de afirmarse que cuando el Tribunal, de la abundante prueba analizada en su sentencia, concluyó que existía clara culpa no sólo del demandante, sino también del Banco, ningún yerro cometió y menos uno de aquellos que por su evidencia saltan de bulto o brillan al ojo, para emplear las gráficas expresiones que la Corte ha prohijado desde antaño, puesto que, en múltiples ocasiones, abonó el monto de lo consignado no en la cuenta corriente de la persona que en el formulario se indicaba como su titular, sino en la

de otra, cuyo nombre no se había escrito en el formulario, pero a quien correspondía el número de la cuenta indicado en éste.

De todo lo expuesto resulta que sin la culpa del Banco, no se hubiera podido producir el perjuicio, cuya reparación ahora se demanda.

El cargo primero no puede, pues, acogerse, ya que es clara la concurrencia de culpa del Banco demandado.

Cargos segundo y tercero

En ambos se denuncia violación, por la vía directa, del artículo 2357 del Código Civil por aplicación indebida; por la misma vía y por el mismo concepto, en el segundo de estos cargos se denuncia quebranto de los artículos 1382, 883 y 884 del Código de Comercio, y, por falta de aplicación del artículo 865 del Código de Comercio; además, en el cargo segundo se denuncia violación por no haber sido aplicados los artículos 1609 del Código Civil y 865 y 822 del Código de Comercio.

Dice el casacionista que la compensación de culpas sólo está erigida por el artículo 2367, citado para el caso de responsabilidad extracontractual, por lo cual esa norma no era aplicable en la especie de esta litis, en que se alega culpa contractual; que el artículo 1609 *ibidem* establece que en los contratos bilaterales la norma del contratante que debía cumplir primero sus obligaciones "purga la mora" del que las debía cumplir después, principio ínsito en el artículo 865 del Código de Comercio "para contratos de confianza o en consideración a las personas".

En el otro cargo, en compendio, afirma que el contrato de cuenta corriente bancaria se celebra en consideración a la confianza que el Banco da al depositante, por lo cual dejó de aplicarse el artículo 865 citado que establece que en los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de uno de los contratantes no libera de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes. Luego dice que el contrato de depósito es de los llamados de confianza, que se celebran *intuitu personae*; que los bancos no están obligados a abrir cuenta a todo el que la solicita y que por implicar un riesgo permanente, las partes pueden dar por terminado, en cualquier tiempo, el contrato de cuenta corriente (artículo 1389 del Código de Comercio). Finalmente expresa que como el demandante Sudarsky fue quien primero incumplió su obligación de

llenar bien las boletas de consignación, "estaba suspendida la obligación de vigilancia para acreditar ésta regularmente", por lo cual se debía haber acogido la *exceptio non adimpleti contractus* (artículos 865 y 822 del Código de Comercio y 1609 del Código Civil).

La Corte considera

Sea lo primero advertir, como se consignó antes, que el perjuicio sufrido por el demandante no habría podido causarse si el Banco demandado hubiera procedido diligentemente al recibir las consignaciones a que el proceso se refiere. La sola culpa de aquél no tendría virtud suficiente para generar el perjuicio. Por ello el Tribunal dijo que la culpa era concurrente, que por sí solos, ni el descuido del demandado, ni la imprudencia del Banco hubieran podido generar la lesión patrimonial, cuya indemnización se demanda.

Sea lo segundo advertir que no se trata ahora de estudiar si el Banco estaba en mora de cumplir su obligación de diligencia y cuidado que le imponía el deber de abonar al titular de la cuenta corriente las consignaciones que él hiciera y que, en caso de duda sobre el beneficiario de éstas, estaba obligado a disiparla para establecer a quién se hacían los abonos correspondientes.

Sentadas las anteriores bases y frente al caso litigado, es evidente que el artículo 865 del Código de Comercio no podría interpretarse en la forma que sugiere el recurrente. En efecto, el texto de la norma citada es el siguiente:

"En los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto".

De ser aplicable esta norma, su recta inteligencia sería, en el evento aquí litigado, la de que llenados incorrectamente los formularios de consignación por el cuentacorrentista, con lo que habría infringido la obligación de diligencia que le imponía el reglamento de cuentas corrientes bancarias, se habría suspendido para el Banco su obligación de recibir la consignación y de abonar su monto a la cuenta de aquél, mas no la de que la violación del primero lo autorizaba para proceder con la notoria negligencia con que lo hizo.

Mientras el cuentacorrentista no cumpla ajustadamente sus obligaciones con respecto al modo de llenar los formularios suministrados por el Banco, tal hecho u omisión libera a éste de la obligación de aceptar y abonar la consignación que tácita, pero ciertamente, le impone el artículo 1382 del Código de Comercio. Pero es apenas lógico sostener que, si no obstante estar liberado de cumplir esa obligación determinada, en lugar de abstenerse de su cumplimiento, el Banco procede a su ejecución, necesariamente tiene que cumplirla como fue pactada, con la diligencia y esmero que una tan importante actividad exige.

El artículo 865 del Código de Comercio no puede entenderse como que el incumplimiento de uno de los contratantes, en la hipótesis que contempla, faculta a los otros para cumplir sus obligaciones de manera deficiente o descuidada. No! La facultad se limita a permitirles que no cumplan las suyas. Mas si renuncian a esta liberación y proceden al cumplimiento de sus obligaciones, tienen que hacerlo en la forma convenida.

De otro lado, conviene advertir que el contrato de cuenta corriente bancaria, muy a pesar de que todo Banco sueló estudiar previamente la prestancia moral de sus futuros clientes, no por ello puede catalogarse en la especie de los que se celebran intuitu personae. De otra manera habría que concluir que el contrato de arrendamiento de habitaciones también lo es, porque siempre el arrendador exige en sus inquilinos que sean de buenas costumbres, honorables y puntuales en el pago.

Los cargos segundo y tercero no pueden, pues, prosperar.

Cargo cuarto. Está formulado así:

“Violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 2º del Código Civil y 822 del Código de Comercio por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho por falta de apreciación de la confesión contenida en el Petitum y en el hecho 7º de la demanda.

“En efecto, el Tribunal condenó al Banco demandado a pagar ‘al demandante los perjuicios derivados por no haberle abonado en su cuenta corriente’ las respectivas consignaciones, hasta un 60%, ‘con corrección monetaria sobre las sumas de pesos que se salgan a deber en la proporción mencionada de acuerdo con los certificados que se agreguen a los autos, teniendo en cuenta lo explicado en la parte motiva de esta senten-

cia, por concepto de devaluación monetaria y como daño emergente’ ”.

La Corte considera

Tiene razón el recurrente. En efecto, de conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, si se pide indemnización de perjuicios por la mora, el acreedor que sólo cobra intereses por ésta, no está obligado a justificar los perjuicios. Pero si pretende el resarcimiento de otro daño que no se satisfaga con los simples intereses de la suma de dinero debida, entonces es patente que irremisiblemente debe probar el perjuicio padecido. De otro modo no podría fulminarse una condena por ese aspecto.

Y aunque es sana la doctrina que enseña que para ordenar la corrección monetaria no es indispensable que quien tenga derecho a ella, expresamente lo haya solicitado así, parece claro que cuando esa corrección comporta la manera de resarcir un perjuicio, es menester probar que la desvalorización ha producido un daño. No se trata, pues, en este evento, de conservar el equilibrio de las prestaciones a que están obligadas las partes, de conservar el poder adquisitivo de la moneda, sino de reconocer la indemnización de un daño cierto padecido por uno de los litigantes.

Por otra parte, la doctrina de la Corte que generaliza el derecho a la corrección monetaria, no puede extenderse a las obligaciones en que el acreedor, por cumplimiento imperfecto o por retardo de una obligación consistente en el pago de suma de dinero, ha demandado expresamente se le paguen intereses como indemnización de perjuicios por la mora (artículo 1617 del Código Civil). En efecto, en tales circunstancias, es el acreedor quien ha determinado libremente cuáles son los perjuicios cuya reparación demanda, sin que el juez pueda, sin desbordar los límites de su potestad jurisdiccional, reconocer otros perjuicios cuyo resarcimiento no se han demandado y que, además, no se han acreditado.

La Corte acoge la tesis prohijada por el impugnante relativa a que como el lucro cesante se supone legalmente cuando hay mora en obligaciones de pagar una suma de dinero y como, por el contrario, el daño emergente debe siempre probarse, la devaluación monetaria, aunque ella sea un hecho notorio, no puede tenerse como generadora de un perjuicio, si el reclamante no prueba que efectivamente lo ha padecido. Enton-

ces, cuando el demandante reclama el pago de perjuicios y los limita a los intereses de la suma debida, no puede el fallador reconocerle otros que no fueron pedidos por él, más en la especie de esta litis en que no se puede imputar dolo al deudor.

Como en este proceso, sin que existiera demostración de perjuicios por daño emergente, el Tribunal dio por demostrado que la devaluación los ocasionó, cerrando además los ojos sobre la propia afirmación del demandante relativa a que los perjuicios sufridos ascienden al monto de los intereses de las sumas que deberá devolverle el Banco, resulta patente que el fallador cometió el yerro fáctico que se le endilga. Por tanto, debe casarse la sentencia recurrida para decidir solamente sobre este punto, pues en lo demás, por no haber prosperado los otros cargos, el fallo del Tribunal ha de reproducirse.

Sentencia de instancia

Como fundamentos de ésta y fuera de las razones dichas al despachar los cargos, conviene exponer:

a) Las resoluciones del Tribunal en cuanto no fueron impugnadas o en cuanto la impugnación dirigida contra ellas no prosperó, deben ser respetadas por la Corte como asunto intangible;

b) Con relación a la indemnización de perjuicios reclamada, ha de tenerse de presente que el demandante, como se lee en la segunda de sus peticiones, solicitó el resarcimiento de los "de-rrivados de no haberle abonado en su cuenta corriente las consignaciones que se relacionan, especialmente ... los intereses mercantiles corrientes de dichas consignaciones desde cuando cada una de ellas se hizo, hasta cuando se haga el pago. En subsidio, desde la contestación de la demanda".

Ahora bien, como de conformidad con el artículo 1617 del Código Civil el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, ha de atenderse esa petición, pero limitando la condena al pago de los intereses comerciales, ya que el demandante no acreditó otro perjuicio.

Además, como la indemnización de perjuicios, a tono con las voces del artículo 1615 *ibidem*, se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, no podrá condenarse al pago de intereses desde cuando se hizo cada una de las consignaciones, sino desde la contestación de la demanda,

como expresamente se pidió en petición subsidiaria.

IV

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 del 30 de enero de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Enrique Sudarsky, frente al Banco Popular y, en su lugar, actuando como Tribunal de segunda instancia,

Falla:

REVÓCASE la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá el 3 de octubre de 1978 en el proceso adelantado por Enrique Sudarsky frente al Banco Popular, Subcursal Principal de Bogotá y, en su lugar,

Se decide:

1º EN RELACIÓN con las tres súplicas principales y la subsidiaria, no prosperan las pretensiones en cuanto a las consignaciones respaldadas por los dieciséis comprobantes originales marcados con los números 3, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 22, 23, 27, 31, 33, 56 y 58, los cuales aparecen a nombre de Ludy Botello y con el número de cuenta de ésta.

2º EN RELACIÓN con las tres súplicas principales y en cuanto a las demás consignaciones originales, decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Banco Popular, y frente a ellas no es el caso de declarar oficiosamente ninguna excepción.

3º CONDÉNASE al Banco Popular a pagar al demandante Enrique Sudarsky, pero sólo en el 60%, el monto de las consignaciones distinguidas con los números 6, 7, 11, 19, 20, 21, 25, 26, 28, 29, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65, y el 60% de las consignaciones marcadas en la demanda con los números 5 y 40.

4º CONDÉNASE al Banco Popular a pagar al demandante los intereses comerciales corrientes desde la contestación de la demanda hasta cuando se realice el pago de las condenas.

5º CONDÉNASE al Banco Popular a pagar el 60% de las costas de primera y segunda instancias.

Durante la ejecución de la sentencia deberá procederse a la regulación de los perjuicios (artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil).

6º POR CUANTO el recurso de casación prosperó, no hay lugar a otras costas.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

PROMESA DE COMPRAVENTA

Tratándose de un bien raíz la obligación de hacer emanada de la promesa, respecto de la obligación de otorgar la correspondiente escritura de compraventa, genera para comprador y vendedor las calidades recíprocas de acreedor y deudor de esa específica obligación.

No siempre que se prometa celebrar contrato de los que deben perfeccionarse por escritura pública será necesario indicar expresamente la notaría donde ha de otorgarse la escritura. Empero para que las normas acerca del lugar donde deben cumplirse las obligaciones entren a suplir la omisión de las partes menester es que ambas tengan el mismo domicilio y que en el lugar sólo exista una notaría.

(Aclaración de voto del Magistrado José María Esguerra Samper).

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

Bogotá, 6 de octubre de 1982.

Entrase a decidir el recurso de casación que la parte demandada interpuso contra la sentencia de 17 de agosto de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali al desatar la segunda instancia de este proceso ordinario, que la sociedad "Industria Construcción Prefabricados Limitada, Incompre", suscitara frente a Bertha de Rey.

I *El litigio*

1. En demanda que, el 30 de junio de 1975, fue admitida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, la mencionada compañía comercial llamó a proceso ordinario a Bertha de Rey para que, por incumplimiento de las obligaciones contraídas por ésta, se declarase resuelto el contrato de promesa de compraventa que las partes habían celebrado el 20 de noviembre de 1972 y, consecuentemente, que la demandada, como promitente compradora, debe restituir a la sociedad demandante el inmueble materia del contrato "y se declare sin ningún valor, o mejor efecto, el documento privado de promesa de compraventa". Además se pidió condenar a la de-

mandada al pago de la multa de \$ 75.000 y al valor de \$ 6.000 mensuales por todo el tiempo que ocupó el inmueble que ha de restituir.

2. Como hechos fundamentales de sus pretensiones, la compañía demandante expresó que entre ella y Bertha de Rey se ajustó contrato de promesa de compraventa del apartamento número 905 del Edificio Laurita, de propiedad de la demandante, ubicado en la Avenida 4ª Oeste, Avenida Belalcázar, hoy carrera 2ª Oeste de Cali, distinguido con el número 5-286, debidamente singularizado en el hecho cuarto de la demanda; que la prometiente compradora se obligó a pagar como precio, la suma de \$ 380.000, así: \$ 20.000 a la firma de la promesa; \$ 130.000 el 21 de noviembre de 1972; \$ 100.000 subrogándose en deuda por igual valor que la demandante tenía contraída con el Banco Central Hipotecario, y los \$ 130.000 restantes reconociendo interés del 1½% sobre saldos insolutos, en tres cuotas pagaderas el 30 de mayo y el 30 de noviembre de 1973 y la última el 30 de mayo de 1974; que el mencionado apartamiento fue entregado a la demandada el 30 de noviembre de 1972, fecha acordada para tal efecto; que, para el caso de incumplimiento, se estipuló multa de \$ 75.000; que la prometiente compradora incumplió su obligación de pagar intereses, lo mismo que la del abono por \$ 43.333 que debía hacer el 30 de mayo de 1974 y no suscribió contrato de arrendamiento con el Banco Central Hipotecario, como se había obligado, y, finalmente, no compareció al otor-

gamiento de la escritura de compraventa, hecho previsto para el 9 de mayo de 1975.

3. En amplio escrito la demandada dio respuesta al libelo, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

4. Separadamente, Bertha Spitzer de Rey formuló demanda de reconvencción para que se declarase que fue la sociedad demandante quien incumplió el contrato prometido y para que, consecuentemente, se condenase a ésta a devolverle la suma de \$ 280.000 con sus intereses comerciales o, subsidiariamente, a pagarle la suma de \$ 75.000, valor de la multa estipulada. Hizo además otras solicitudes acordes con su propósito subsidiario de perseverar en el contrato de promesa de compraventa.

5. Como hechos de la demanda de mutua petición alegó, en síntesis, que fue la prometedora vendedora quien incumplió en materia grave sus obligaciones.

6. La primera instancia terminó con sentencia en que se decidió:

"1. Declárase de oficio la nulidad absoluta de la promesa de compraventa suscrita entre la sociedad 'Industrias Construcción Prefabricados Limitada', 'Incompre', y la señora Bertha Spitzer de Rey con fecha 20 de noviembre de 1972 y relativa al departamento de propiedad horizontal número 905, que hace parte del edificio 'Laurita de Alarcón', ubicado en esta ciudad, en la Avenida Cuarta Oeste o Avenida Belalcázar, hoy carrera 2ª Oeste N° 5-286. Como consecuencia de ello, dicha promesa de venta no produce ninguna obligación entre las partes.

"2. En razón de la declaración anterior, niégase dentro de la demanda principal la totalidad de las pretensiones solicitadas por la demandante.

"3. Condénase en costas dentro de esta demanda a la sociedad demandante. Tásense.

"4. En la demanda de reconvencción, niégase la totalidad de las peticiones, tanto principales como subsidiarias, solicitadas por la reconveniente.

"5. En consecuencia, absuélvase a la sociedad demandada, en esta última demanda, de todos los cargos que le fueron formulados en la misma.

"6. Costas a cargo de la reconveniente. Tásense.

"7. En virtud de la declaración de nulidad que aquí se ha hecho, condénase a la señora Ber-

tha Spitzer de Rey, demandada en este proceso, a restituir a la sociedad Industrias Construcción Prefabricados, 'Incompre', cinco días después de ejecutoriada esta sentencia el inmueble de propiedad horizontal a que se refiere la promesa de compraventa, declarada nula de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º de la parte resolutive de esta providencia, restitución que se hará con los frutos naturales y civiles a partir de la notificación de la demanda, los cuales serán regulados por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 964, 965 y 966 *ibidem*.

"8. Del mismo modo, condénase a la sociedad demandante Industrias Construcción Prefabricados 'Incompre', a restituir a la demandada Bertha Spitzer de Rey, cuando ésta restituya el inmueble a que antes se hizo mención, la suma de doscientos ochenta mil pesos (\$ 280.000) que recibió como abono al precio del mismo, restitución que se hará con los respectivos intereses a la rata legal desde el día en que se hicieron los abonos. Igualmente deberá reintegrar a la mencionada demandada la totalidad de la suma que ella pagó por concepto de intereses sobre saldos del precio ...

"9. Las partes podrán compensar en su momento oportuno, las sumas de dinero que recíprocamente quedan debiendo".

7. Contra el fallo de la *a quo* interpuso recurso de apelación la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, entonces, por sentencia de 17 de agosto de 1981 confirmó en todas sus partes el fallo apelado. Contra esa decisión la misma parte demandada interpuso el recurso extraordinario que ahora está resolviendo la Corte.

II

Fundamentos de la sentencia recurrida

Manifiesta el Tribunal que el demandante ejercita la acción resolutoria del contrato consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, a la que se opone la demandante, alegando que cumplió cabalmente las obligaciones que contrajo, por lo cual tiene derecho a que se le otorgue la competente escritura de venta, para lo cual presentó demanda de reconvencción.

Enseguida dice que para la validez de una promesa de contrato, ésta ha de llenar las cuatro exigencias que señala el artículo 89 de la Ley 153 de 1887; que la que celebraron las partes

de este proceso satisface plenamente las tres primeras condiciones, mas no la cuarta, desde luego que se omitió señalar la notaría en que debería otorgarse la escritura de venta.

Apoyado en doctrina de la Corte relativa a que en la promesa de venta de inmuebles es "necesario, además, determinar con precisión la notaría en que, en su momento, ha de otorgarse la escritura pública", el Tribunal concluye que por esa grave omisión que genera vicio de nulidad del contrato, "no cabe en el presente caso la resolución de un acto jurídico que carece de valor por no llenar los requisitos legales".

Después, con relación a las excepciones propuestas por la demandada, manifiesta el *ad quem* que su examen carece de objeto por ser nulo el contrato prometido.

Entra a continuación el Tribunal en el estudio de la demanda de reconvencción y encuentra que el objeto de ésta "era que producida la absolución de la reconveniente Bertha Spitzer de Rey y demostrado el incumplimiento de la sociedad "Incompre Limitada", se condenara a esta última al pago de las pretensiones económicas en la cláusula 11 del contrato de promesa de compraventa. Pero según se ha demostrado anteriormente, dicho contrato carece de valor, y por tanto no genera obligaciones entre las partes, por no reunir los requisitos de que trata el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

"De donde es obvio concluir, que no hay lugar a decretar las pretensiones de la reconveniente porque éstas se fundamentan en un contrato que no produce obligaciones entre las partes.

"Finalmente considera la Sala, que en el presente caso, es procedente decretar la nulidad del contrato de promesa de compraventa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en armonía con lo ordenado en los artículos 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, sin que haya lugar a declarar la resolución, porque se trata de un contrato de promesa de compraventa afectado de nulidad absoluta.

"Desde luego que la nulidad decretada se origina en la falta de los requisitos de que trata el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, según se deduce de la interesante jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, que se transcribe como equivocadamente lo sugiere el apoderado de la parte demandada, en memorial presentado en la segunda instancia.

"Ahora bien, conforme al artículo 1746 del Código Civil la nulidad pronunciada en senten-

cia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto o contrato nulo. La sentencia, pues, declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado. Pero si se hablara de inexistencia y no de nulidad conforme a la concepción que sobre el particular tienen los juristas alemanes, se llegaría a la misma conclusión, es decir, a la necesidad de efectuar esas restituciones mutuas, cuando ella se declarara ante la necesidad de evitar que una de las partes se enriquezca indebidamente a expensas de la otra".

III

La demanda de casación

Tres cargos se lanzan contra la sentencia del Tribunal, todos con estribo en la causal primera, los que se despacharán en conjunto.

Primer cargo. En este ataque se denuncia violación por la vía directa de los artículos 89, numeral 4º de la Ley 153 de 1887, 1495, 1500, 1501, 1518, 1849 y 1857 del Código Civil, por interpretación errónea; por aplicación indebida los artículos 964, 965, 966, 1521, 1740, 1741, 1746 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, y, finalmente, por falta de aplicación los artículos 541, 1546, 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1618, 1620, 1622, 1624, inciso 2º, 1615, 1626, 1627, 1645, 1646, 1647, 1666, 1667, 1668, 1669, 1741, 2142, 2149, 2153, 2156 del Código Civil y 1262, 1263 y 1272 del Código de Comercio, 23 numeral 20 y 18 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil y 1608, ordinal 3º del Código Civil.

Expone el censor que en el artículo 89 citado enunció el legislador los requisitos que debe llenar toda promesa de contrato para que produzca efectos civiles; que, por ejemplo, si el contrato prometido es de compraventa, basta que se determine la cosa y el precio, pues no se necesita ninguna otra determinación por ser ellas las únicas de la esencia de ese contrato; que, en ningún caso, "debe reunir condiciones que no se encuentran señaladas expresamente por la ley"; que tratándose de venta de inmuebles la ley no exige el señalamiento de la notaría donde debe otorgarse la escritura pública respectiva, por lo que si no se hace esa precisión, la promesa no es nula; que como la venta de bienes raíces debe siempre otorgarse ante notario, si en la promesa no se dice ante cuál, ha de entenderse que el otor-

gamiento ha de hacerse en el domicilio del deudor, según lo ordena el artículo 1646, inciso 2º del Código Civil.

Luego vuelve a repetir el censor que el artículo 89 citado sólo exige en las promesas que se determinen los elementos esenciales del contrato en concurrencia con los demás requisitos exigidos por esa disposición legal, por lo cual no es menester señalar la notaría en que ha de otorgarse la escritura de venta, cuando de inmuebles se trata, lo cual es redundante también porque la ley dice dónde deben cumplirse las obligaciones; que si las partes lo prefieren, pueden señalar el notario respectivo, pero bajo la certeza de que esto no es requisito esencial de la validez del contrato, sino manera de hacer más expedito el cumplimiento de las obligaciones.

Más adelante expresa el censor que si en el lugar de cumplimiento de la promesa existen varias notarías, “basta dar poderes para comparecer a todas el mismo día o requerir para que el juez la señale”, de lo cual se deduce que el señalamiento de la notaría “es requisito del cumplimiento del contrato, mas no de su validez”; que, además, los artículos 1645 a 1647 del Código Civil dan reglas sobre el lugar en que debe cumplirse el pago; y que la imposibilidad de cumplir una obligación no genera nulidad.

Dice después el censor que la indeterminación de la notaría “conlleva la simple dificultad del cumplimiento de la correspondiente promesa, pero dificultad que tan sólo es transitoria”, pues la ley da reglas para obviarlas (artículos 1645 y 1647 que no se aplicaron).

El censor critica luego la sentencia de la Corte de 19 de enero de 1979 y expresa que allí se confunde “el objeto del contrato con el lugar de cumplimiento” de la obligación de otorgar la escritura pública, y agrega que el artículo 1624 del Código Civil ordena interpretar el contrato contra la parte que lo redactó. Dice luego que el *ad quem* confundió el objeto del contrato con las obligaciones surgidas del mismo, y que el artículo 89 sólo exige “la determinación del objeto del contrato de promesa”; que las nulidades “son taxativas en el sistema legal colombiano y de aplicación restrictiva a los casos expresamente señalados por el legislador”; que tanto las nulidades procesales como las sustanciales requieren de un texto expreso que las consagre.

Segundo cargo. A causa de errores evidentes de hecho en la apreciación de algunas pruebas y por falta de apreciación en otras, el Tribunal

violó, por aplicación indebida, los artículos 1740, 1741, 1746, 964, 965, 966 y 1521 del Código Civil y el 20 de la Ley 50 de 1936; y por falta de aplicación quebrantó los artículos 1495, 1500, 1501, 1518, 1546, 1541, 1542, 1602, 1603, 1604, 1609, 1666, 1667, 1668, 1610, 1618, 1620, 1622, 1625, 1626, 1627, 1624 inciso 2º, 1645, 1646, 1647, 1857 y 1849 del Código Civil y el 89 de la Ley 153 de 1887.

Después de singularizar las tres pruebas que el Tribunal habría apreciado erróneamente y las trece que “dejó de apreciar”, expresa que el *ad quem* halló la nulidad de la promesa por cuanto las partes habían dejado de indicar en qué notaría debía otorgarse la escritura de venta, conclusión a la que llegó por no haber visto que sí se había determinado esa notaría. En efecto, como en la cláusula 7ª de la promesa se estipuló que la escritura de venta se otorgaría dentro de los 30 días siguientes al registro del reglamento de propiedad horizontal, con lo que “implícitamente los contratantes han señalado el lugar en el cual ha de otorgarse la correspondiente escritura pública de compraventa”; con lo que el *ad quem* erró gravemente al no percatarse de que “se encontraba determinado tanto en el tiempo como en cuanto al lugar por esa cláusula, pues de ella resulta que las dos escrituras debían otorgarse en la misma notaría; aquella por la cual se protocolizó el reglamento de propiedad horizontal, y aquella por la cual se cumplirá la promesa”. De lo anterior concluye el censor que la escritura debía otorgarse en la Notaría Segunda de Cali, donde se protocolizó el reglamento.

Luego expresa que la conclusión anterior está reforzada con lo dicho por la demandada en su declaración de parte, de 23 de enero de 1978, al aceptar que las escrituras de venta se habían empezado a correr conforme a minuta que tenía en su poder el doctor Chau Mosquera y que había sido elaborada por el doctor Alvaro Penilla, minuta que, en la cláusula quinta, consigna que el reglamento se protocolizó en la Notaría Segunda de Cali, por medio de la Escritura 1793 (folio 20, cuaderno 1º). Que de estas pruebas se deduce que las partes tuvieron la intención de que en la misma notaría en que se protocolizara el reglamento debía otorgarse la escritura de venta.

Más adelante dice el recurrente que la sociedad demandante incumplió las obligaciones que, como prometiente vendedora, contrajo para con la demandada; que en la fecha en que debía otorgarse la escritura de venta la sociedad no había

entregado al Banco Central Hipotecario el reglamento de propiedad horizontal debidamente registrado, con lo que la demandada quedó en imposibilidad de obtener la subrogación parcial del préstamo hipotecario. Y es más: el mismo Banco certificó, lo que no vio el Tribunal, que el apartamento 905 no tenía allí financiación y que, finalmente, sólo desde el 9 de mayo de 1975 la sociedad demandante inició el otorgamiento de las escrituras de venta en la Notaría Segunda de Cali, lo que el Tribunal pasó por alto al no ver el certificado que así lo afirma (folio 38, cuaderno 1º).

Tercer cargo. Acusa el censor al Tribunal de haber violado, a consecuencia de errores evidentes de hecho, los artículos 1740, 1741, 1746, 964, 965, 966 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936 por aplicación indebida, y, por falta de aplicación, los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1495, 1500, 1501, 1518, 1857, 1849, 1602, 1603, 1604, 1541, 1542, 1546, 1666, 1667, 1668, 1609, 1610, 1618, 1620, 1622, 1624, inciso 2º, 1625, 1627, 1645, 1646 y 1647 del Código Civil.

Alega la censura que el Tribunal apreció erróneamente las 4 pruebas que enlista y dejó de apreciar las otras 8 que allí señala; que con los certificados que se ven a los folios 31 y 32 del cuaderno principal quedó demostrado que el domicilio de la sociedad demandante es el Distrito de Buga, por lo cual, según los artículos 1645 a 1647 del Código Civil, debía otorgarse la escritura de venta "en primer término, en Cali, por estar ubicado allí el inmueble, o en el domicilio del deudor, esto es, en el evento presente, en la ciudad de Buga", domicilio de la sociedad deudora.

Que habiendo convenido las partes claramente el precio de la venta y singularizado el inmueble materia de la misma, el objeto del contrato estaba cabalmente determinado, por lo cual estando satisfechos los demás requisitos de la promesa, no era posible declararla nula. Que, además, con los recibos que se ven a los folios 1, 2, 3, 8, 9, 10, 79, 84 a 89, 106 y 107 del cuaderno 1º, probó Bertha Spitzer de Rey que había satisfecho sus obligaciones de pagar el precio. Que, de otro lado, el Tribunal dejó de ver que, según los certificados expedidos por el Banco Central Hipotecario, la sociedad no cumplió sus obligaciones relativas a la deuda hipotecaria en que debía subrogarse la demandada, pues sobre el apartamento 905 no existía tal gravamen, por lo que aquella no podía solicitar la resolución de un contrato que ella misma había incumplido gra-

vemente, hecho que determinaba también el acogimiento de la excepción *non adimpleti contractus*.

Finalmente dice el censor que no existe en todo el expediente la prueba de que la sociedad demandante se hubiera allanado a cumplir su obligación de otorgar la escritura de venta, pues el certificado notarial del folio 38, dice genéricamente que desde el 9 de mayo de 1975 la demandante se hizo presente en la Notaría Segunda de Cali con el fin de otorgar escrituras de venta a los compradores, pero no específicamente que lo hubiera hecho para otorgar a Bertha Spitzer de Rey la venta prometida.

Consideraciones de la Corte

1. *A partir de la vigencia del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 sufrió excepción el rígido principio relativo a que la promesa de celebrar un contrato no producía en ningún caso obligación alguna; desde entonces generan obligaciones las promesas en que se cumplan los cuatro requisitos exigidos por la norma, el último de los cuales consiste en que en el escrito que contenga la promesa se determine de tal suerte el contrato prometido, que para perfeccionarlo sólo falten la tradición de la cosa o las formalidades legales.*

En nuestro derecho está aceptado que la obligación que nace del contrato de promesa es una típica obligación de hacer, que, en tratándose de promesa de compraventa de inmuebles, consiste en el otorgamiento de la respectiva escritura pública. Ahora bien, como el contrato de compraventa genera obligaciones tanto para el comprador como para el vendedor, es evidente que uno y otro tienen simultáneamente las calidades de acreedor y deudor. Lo mismo puede decirse con relación a la promesa bilateral de contrato de compraventa de bien raíz, pues en ella, el uno promete vender y el otro promete comprar, por lo cual, respecto de la obligación de otorgar la correspondiente escritura de compraventa, tanto el prometiende vendedor como el prometiente comprador asumen la obligación de su otorgamiento; uno y otro son pues, recíprocamente, acreedor y deudor de esa específica obligación.

De lo anterior conclúyese que el deudor de la obligación de otorgar la escritura pública de compraventa no lo es únicamente el que promete vender; también tiene esa misma obligación quien prometió comprar. Uno y otro son deudores.

2. En el caso de esta litis, como se desprende de los términos utilizados en el escrito que recogió la promesa de contrato (folios 33 a 36 del cuaderno principal), demandante y demandada recíprocamente prometiéronse vender y comprar el inmueble que allí se detalla completamente y por el precio de \$ 380.000 que Bertha Spitzer de Rey se obligó a pagar así:

a) Ciento treinta mil pesos (\$ 130.000.00) moneda corriente, el día 21 de noviembre de 1972 y veinte mil pesos (\$ 20.000.00) moneda corriente, que el prometiente vendedor declarara recibir del promitente comprador en dinero efectivo en el acto de suscribir el presente documento;

b) La cantidad de cien mil pesos (\$ 100.000) moneda corriente, subrogándose parcialmente el promitente comprador en crédito con garantía hipotecaria y anticresis existente sobre el inmueble Edificio Laurita de Alarcón, a favor del Banco Central Hipotecario, y

c) El saldo, esto es, ciento treinta mil pesos (\$ 130.000.00) moneda corriente, en un año y medio pagaderos en tres cuotas semestrales iguales, la primera en mayo 30 de 1973, la segunda en noviembre 30 de 1973 y la tercera en mayo 30 de 1974, cada una de \$ 43.333.00".

No existe, pues, duda en cuanto a que las partes convinieron la cosa y el precio, elementos esenciales del contrato de compraventa. Además, pactaron otras cláusulas sobre cosas accidentales de éste.

3. Pero resulta que en el numeral 4º del artículo 89 citado, no se exige simplemente "que se determine el contrato" o "que se precisen los elementos esenciales del contrato prometido", sino que se requiere algo más definido: "que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales", es decir que, en este último caso, las partes hayan previsto con certeza el lleno de estas solemnidades.

4. Pues bien, en la promesa de contrato enjuiciada en este proceso, las partes dejaron sin definir en dónde debía otorgarse la escritura pública de venta; y de los términos del contrato prometido resulta ser obligación imposible de cumplir, como se verá.

No es doctrina de la Corte, como lo pregona el recurrente, la de que siempre que se prometa celebrar contrato que deba perfeccionarse por escritura pública sea menester indicar expresamen-

te en el escrito de promesa en cuál notaría debe hacerse su otorgamiento.

En la primera ocasión en que la Corte aplicó su doctrina, se trataba de promesa celebrada por quienes eran vecinos de un mismo municipio, pero en el que existían varias notarías. Y como en el escrito en que se plasmó la promesa de contrato de compraventa de bien raíz, no se dijo en cuál de todas las notarías de aquel lugar debía otorgarse la competente escritura pública, la Corte halló que no se había dado cumplimiento a lo que se exige por el artículo 89-4º de la Ley 153 de 1887.

En el caso ahora debatido, sus especiales circunstancias hacen más patente y apremiante la aplicación de la doctrina de la Corte, porque los contratantes no tienen un mismo domicilio y porque en los distintos lugares de que son vecinos, existen varias notarías.

5. Como puede leerse (folios 33 a 36 del cuaderno 1º) en el escrito que contiene la promesa de contrato de compraventa que las partes suscribieron, la única cláusula relativa a la obligación de otorgar el competente instrumento público de venta, reza así: "Séptima. La escritura pública en cumplimiento de la presente promesa de compraventa se otorgará por el promitente vendedor al promitente comprador dentro de treinta (30) días después del registro de la escritura pública por la cual se ha de elevar a instrumento público el reglamento de propiedad horizontal que gobernará el condominio en propiedad horizontal del edificio 'Laurita', del cual hace parte el apartamiento materia de este documento y por dicho registro sea asignada la matrícula correspondiente a dicho apartamiento".

Como se desprende con naturalidad del contenido de esta cláusula y, además, de todo el texto de la promesa de contrato, las partes omitieron expresar en qué lugar debía cumplirse la obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la respectiva escritura pública de venta del inmueble prometido.

¿Pero acaso esta omisión podría sanearse, como lo pregona el recurrente, dándose aplicación a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1646 del Código Civil, que dice: "pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor?". Por no haberse estipulado en el contrato el lugar en que debería otorgarse la escritura pública, su otorgamiento, como lo afirma el casacionista, ¿podría hacerse en la residencia del deudor? O, entendiendo que el término "domi-

cilio”, usado por la norma citada, no se refiere al lugar que habita éste, sino a toda la extensión del municipio en que tiene su asiento jurídico, ¿se podrá afirmar que aquella obligación de hacer podría cumplirse en cualquier sitio del Municipio de Buga, distrito éste donde tiene su domicilio la sociedad “Industria Construcción Prefabricados Limitada”, según lo expresa el certificado de la Cámara de Comercio de esa ciudad señorial (folio 31)?

La Corte estima que el asunto no es de tan ligera solución. Menester se hace resolver previamente los siguientes interrogantes: ¿qué hacer cuando se observa que en el contrato prometido, respecto de unas obligaciones el deudor es la sociedad que prometió vender y, respecto de otras, lo es la promitente compradora? ¿Cómo aplicar la regla ya mencionada del artículo 1646 respecto de una obligación típicamente indivisible, como lo es la obligación de hacer, que consiste en el otorgamiento de una escritura pública, siendo que un deudor es vecino de Buga y el otro lo es de Cali y Bogotá? Y, además, como todas estas ciudades tienen más de una notaría, ¿en cuál de ellas debería otorgarse la escritura, si las partes no convinieron este punto y si no existe norma legal que interprete la voluntad de los contratantes en este punto?

El artículo 1646 del Código Civil, establece:

“Si no se ha estipulado lugar para el pago, y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación.

“Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor”.

Y por el artículo 1647, se dispone:

“Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor, entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa”.

Como el pago de las obligaciones, según lo manda el artículo 1645 ibídem, debe hacerse en el lugar designado por la convención, los dos artículos transcritos antes dan reglas para cuando los contratantes nada han acordado sobre el lugar del pago; y no tratándose de cuerpo cierto, el pago debe hacerse “en el domicilio del deudor”, aun cuando entre la celebración del contrato y el pago hubieren mudado de domicilio el deudor y el acreedor.

Aplicando esta regla al caso de que, en promesa de compraventa de inmuebles, no se haya estipulado en qué notaría ha de otorgarse la competente escritura de compraventa, tendríamos que su otorgamiento debería hacerse en “el domicilio del deudor”, pero siempre que se cumplan las siguientes dos condiciones:

a) Que tanto el promitente vendedor como el promitente comprador tengan un mismo domicilio, pues como ya se vio cada uno de ellos es, respecto del otro, deudor de la obligación indivisible de otorgar la escritura de compraventa. Si los prometientes tienen distinta vecindad, es claro que no existe un domicilio del deudor, sino dos por lo menos, y

b) Que en “el domicilio del deudor”, sólo exista una notaría, pues si son varias, existiría clara indeterminación al respecto.

Cuando, como sucede en el caso litigado, la sociedad que prometió vender tiene domicilio en Buga, en tanto que la persona que prometió comprar lo tiene en Cali y Bogotá, ostentando los promisoros la calidad de deudores recíprocos de la obligación de otorgamiento de la escritura de compraventa, “el domicilio del deudor” no lo es ni Buga ni Cali, ni Bogotá. No la primera ciudad, porque de ella no es vecina la demandada, y no las otras porque allí no está domiciliada la sociedad demandante.

Entonces, recordando que la regla cuarta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 no se cumple simplemente con determinar en la promesa el contrato prometido, como lo predica el censor, sino que se requiere, además, que esa determinación se haga de “tal suerte” que para perfeccionar el contrato “sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”, es evidente que no se satisface esta regla cuando los contratantes, siendo vecinos de distinto círculo notarial o cuando siéndolo del mismo son varias las notarías del círculo, omiten señalar en cuál se otorgará el instrumento de venta. En tales circunstancias, si no se expresa en el escrito de promesa de venta de inmuebles la notaría, la promesa es nula por falta del llenó de lo exigido por el artículo 89-4 de la Ley 153 de 1887.

Todo lo anterior indica que en el contrato de promesa de compraventa de inmueble y especialmente porque la principal que nace de éste es una obligación de hacer, que consiste en el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, cuando aplicando el artículo 1646 del Código Civil nada se resuelve, es menester señalar en cuál

notaría se otorgará ese instrumento. De otro modo, se presentaría una clarísima indeterminación del objeto mismo del contrato de promesa, que demandaría la aplicación del artículo 1518 del Código Civil.

Frente a la doctrina expuesta es claro que no prospera ninguno de los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal.

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 17 de agosto de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas a cargo del recurrente.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Aclaración de voto

No siempre que en una promesa de venta se omite indicar la notaría en la que debe otorgarse la escritura que solemniza el contrato prometido, aquélla adolece de nulidad por ese único motivo. En mi salvamento de voto a la sentencia de casación de fecha 19 de enero de 1979 (Jurisprudencia de la Corte, Tomo IV, Héctor Roa Gómez, número 1446), expuse los motivos que me llevan a opinar en esta forma.

Me complace sobre manera comprobar que algunas de las razones que entonces expuse han sido acogidas ahora por la mayoría de la Sala. Sin embargo, en esta ocasión sí estoy de acuerdo con lo decidido en el fallo a que me refiero porque los contratantes tienen diferentes domicilios, uno de ellos Buga y el otro Cali y Bogotá.

En efecto, dije entonces: "El objeto del contrato de la promesa de venta está constituido precisamente por la obligación de celebrar el contrato prometido, como lo estatuye el artículo 1517 del Código Civil, es decir, por la respuesta

a la pregunta 'quid debetur'. Considero que el lugar de pago de la obligación no tiene por qué confundirse con el objeto de la misma. La obligación de hacer que surge de aquel contrato, el que desde luego debe estar ajustado para su validez a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, se paga mediante el otorgamiento de la escritura de venta. De consiguiente, si en la promesa no se indica en qué notaría debe hacerse tal otorgamiento, es decir, en dónde debe hacerse el pago de la obligación surgida de la promesa, debe darse cumplimiento a las normas generales que al respecto contiene el Capítulo IV del Título XIV del Libro IV del Código Civil.

"La no estipulación del lugar donde debe hacerse el pago está prevista por el artículo 1646, que viene a suplir esa omisión en que incurrieron los contratantes de la siguiente manera: si se trata de un cuerpo cierto, 'se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor.

"... De esta suerte, cuando en la promesa se omite el señalamiento de la notaría en que debe otorgarse la escritura de la venta objeto de aquélla, la ley no erige en motivo de nulidad ese vacío, sino que lo suple al disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, tal otorgamiento debe cumplirse en una de las notarías del domicilio del deudor, es decir, del prome-tiente vendedor que es a quien principalmente le corresponde hacerlo.

"... Queda entonces por determinar qué ocurre, cuando en el lugar en que debe hacerse la escritura hay varias notarías: en cualquiera de ellas. No es dable presumir que ambos contratantes están dispuestos a incumplir con esas obligaciones derivadas de la promesa, ni que van a violar el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe que consagra el artículo 1503 del Código Civil".

Por este aspecto, comparto lo resuelto por la mayoría de la Sala en este caso concreto.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

José María Esguerra Samper.
Bogotá, octubre de 1982.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

El demandante que persigue el resarcimiento del daño recaído sobre cosa en la que afirma tener o haber tenido algún derecho debe identificar la cosa objeto del daño y probar éste; además, determinar el derecho que tenía sobre el bien y demostrar su existencia. Aunque la ley permite lo mismo al dueño que al poseedor y hasta al mero tenedor de una cosa que sufra daño, demandar la correspondiente indemnización, el demandante no puede limitarse a manifestar que recibió perjuicio sino que debe precisar, desde un principio, el derecho que alega, el cual no puede alterar en casación.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 26 de octubre de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 19 de diciembre de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en este proceso ordinario instaurado por Manuel Nicolás Ariza Daza, frente a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

I

El litigio

1. Mediante libelo del 5 de noviembre de 1979, el citado Ariza Daza demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Riohacha a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, establecimiento bancario legalmente constituido y con domicilio principal en esta ciudad de Bogotá, a la sazón representado por su Gerente General Guillermo Alberto González, con el fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la entidad demandada, por hechos imputables a sus empleados, es civilmente responsable "de la pérdida" de la finca "La Aduana", "de propiedad" del demandante, ubicada en el corregimiento de Los Venados de la jurisdicción municipal de Valledupar, de una extensión de

1.500 hectáreas y comprendida dentro de las alinaciones que la demanda consigna;

b) Que, consecuentemente, se condene a dicha entidad a pagar a su demandante, "por concepto de los perjuicios causados, por la pérdida de la" citada finca, la suma de \$ 36.750.000.00, "o en su defecto, el valor que sea fijado por los peritos que para tal efecto" se designen, y

c) Que igualmente se la condene al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como *causa petendi* de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) En octubre de 1955 la mentada entidad bancaria, con el propósito de hacer efectiva la obligación surgida de un contrato de mutuo, demandó ejecutivamente ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Riohacha a Manuel Nicolás Ariza Daza, para el pago de la suma de \$ 11.670, "más los intereses moratorios y las costas del juicio";

b) Librado que fue el 19 de octubre de ese año el mandamiento de pago en los términos solicitado, se procedió a notificarlo al deudor, quien, en la respectiva diligencia, que por comisión cumplió el Juzgado Promiscuo Municipal de San Juan del Cesar el 16 de mayo del año siguiente, denunció para el pago de la obligación la finca de su propiedad denominada "La Aduana" y designó "a Guillermo Ahumada y Manuel Cervantes como perito evaluador y secuestre respectivamente ...";

c) Mediante su auto del 6 de junio siguiente el juzgado que conocía del proceso ejecutivo decretó el embargo, secuestro y avalúo del inmueble denunciado por el ejecutado; reconoció al perito y secuestre designados por éste; y comisionó al Juzgado Municipal de Valledupar para la práctica del secuestro;

d) Luego que el embargo se inscribió en la Oficina de Registro de allí el 9 de julio de ese mismo año, se allegó al proceso el certificado del Registrador de Valledupar en el cual este funcionario informó al juez que la referida finca "La Aduana", la que, dice ese certificado, "tiene cuarenta y dos hectáreas cultivadas de pastos artificiales y una de guineo y plátano", fue adquirida por Manuel Nicolás Ariza por compra que hizo a Nicolás Maestre, según Escritura número 29 de 1º de septiembre de 1946, otorgada en la Notaría de San Juan del Cesar y registrada el 10 siguiente;

e) En cumplimiento de la comisión que se le confirió, el Juzgado Promiscuo Municipal de Valledupar, después de haber reconocido "como secuestre y perito del demandado a los señores Manuel Cervantes y Guillermo Ahumada", procedió a la práctica del secuestro de la ya referida finca "La Aduana", lo que evidentemente hizo el 16 de abril de 1958.

En dicha diligencia el juzgado que la evacuó dejó constancia, en primer lugar, que la referida finca está compuesta por tres lotes denominados "Los Ranchitos", "Casa de Zinc" y "La Aduana", cuyos linderos determinó separadamente; con el auxilio de los peritos se comprobó que la finca así integrada "tiene una cabida aproximada" de 1.500 hectáreas; "tanto el señor juez como los miembros que componen la comisión, constataron que dentro de dicha finca existe un número considerable de colonos"; y luego que los peritos determinaron como precio global de todo el fundo la suma de \$ 200.000.00, el "juez procedió a hacer entrega de ella al secuestre designado, señor Guillermo Ahumada ...";

f) Así las cosas, en prosecución del proceso ejecutivo el juzgado que de él conocía pronunció su sentencia de 16 de abril de 1959, mediante la cual dispuso llevar "adelante la ejecución tal como fue ordenada" y rematar el bien embargado;

g) Se procedió entonces a señalar el 16 de octubre de ese año como fecha para que tuviera lugar la subasta ordenada, que no se hizo ese día, pues no hubo postores; entonces se determinó

que el remate se haría el 9 de diciembre de ese mismo año, fecha en que tampoco se realizó, pues para entonces el apoderado de la entidad demandada había solicitado el loteo del bien "con el fin de facilitar la licitación", lo que el juzgado decretó por auto de 4 de ese mismo mes;

h) El 18 de febrero siguiente el apoderado judicial de la entidad ejecutante, sin que en el memorial correspondiente indicara "la causa o motivo de su petición, pero lo cierto fue que el demandado ya había pagado su obligación", solicitó al juzgado del conocimiento "el levantamiento del secuestro" de la finca trabada en la ejecución, que el juzgado decretó por su auto de 17 de marzo, providencia en la cual comisionó al Inspector de Policía de Caracolí "para la diligencia de entregá que debe hacer el secuestre al demandado";

i) Expresa el demandante en el hecho 18 de su demanda que no obstante haberse decretado judicialmente la entrega de la finca, "lo cierto es que ésta nunca se hizo por cuanto que la finca 'La Aduana', de propiedad de mi mandante, fue invadida en su totalidad por colonos hasta desaparecer por completo e inclusive los cercamientos que identificaban el fundo";

j) Agrega el demandante que tan pronto como él denunció para el pago el predio de su propiedad denominado "La Aduana", el abogado de la entidad ejecutante puso ese hecho en conocimiento del Gerente de la Oficina Seccional de San Juan del Cesar, quien a su turno lo comunicó a la entidad en la casa principal; y que entonces ésta le pidió a aquella seccional avisara a los campesinos de la región que la finca iba a ser parcelada y que los interesados podían acudir a ese municipio a inscribirse, por lo que "comenzaron las invasiones de los colonos de la región de Caracolí, a la finca 'La Aduana', y hasta el día de hoy son poseedores materiales de ella";

k) Toda la correspondencia cruzada entre las oficinas de la Caja Agraria, relativas al préstamo que generó la ejecución, "fue sustraída" por un visitador suyo, quien recibió "instrucciones precisas de mutilar el expediente para no dejar señales o rastros que pudieran comprometer a la institución, en virtud de que ya no podía cumplir lo que había prometido a los campesinos, en vista de que el demandado Ariza Daza, había cancelado la totalidad del crédito materia del proceso ejecutivo";

l) Afirma además el demandante que ante sus reiteradas súplicas para que le entregaran el fun-

do y en vista de la imposibilidad de hacerlo, la Caja "se vio obligada a denunciar dicho predio ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para que le iniciara un proceso de extinción de dominio", diligencias administrativas, cuyo inicio se ordenó efectivamente por resolución de 8 de mayo de 1964;

m) Sintetizando la causa de los perjuicios que dice haber sufrido con la pérdida de la finca de su propiedad, expresa el demandante que ella está en la conducta negligente de la Caja de Crédito Agrario y el abuso del derecho cometido por ella, al considerar que por razón de adelantar un proceso ejecutivo para el cumplimiento de una obligación personal podía parcelar la finca embargada; en el hecho de no haber pedido la terminación del proceso ejecutivo, ni hacer gestión alguna para que el secuestre entregara el inmueble a su único propietario; y

n) Dice finalmente que los perjuicios a él causados por culpa de la entidad aquí demandada, "se contraen a la pérdida de un mil quinientas hectáreas (1.500 Has.), que integraban la extensión superficial de la finca 'La Aduana'. Tales hectáreas arrendadas a un promedio de quinientos pesos (\$ 500.00) anuales por hectárea, durante diecinueve (19) años, dan un promedio de catorce millones doscientos cincuenta mil pesos (\$ 14.250.000.00) moneda legal colombiana", que es el valor del lucro cesante sufrido, al cual debe añadirse, agrega, \$ 22.500.000.00 que es el justo precio actual de toda la finca, o sea de las 1.500 hectáreas a un costo promedio de \$ 15.000.00 cada una.

3. En su oportuna contestación a la demanda la entidad demandada se opuso a las súplicas de su demandante; en cuanto a los hechos en ella afirmados, aceptó algunos pero negó los más.

Expresó, y en tales asertos edificó principalmente su defensa, que el secuestro de la referida finca "La Aduana" se practicó "de manera aparente o simbólica", por cuanto en ella existía entonces un número considerable de colonos, a quienes no se podía despojar de su posesión; que, por tanto, la orden de entrega impartida al secuestre "quedó cumplida con la ejecutoria de la providencia" que así lo dispuso; que la entrega por el secuestre al ejecutado "no era viable sin despojar a los colonos que desde antes de ser adoptado de modo simbólico el secuestro conservaban la posesión material y económica del inmueble"; que las invasiones a la finca a que alude la demanda "no sobrevinieron al cobro

ejecutivo de la Caja, sino que, por hechos ocurridos en tiempo anterior, el inmueble fue ocupado por colonos en calidad de poseedores"; que no es cierto que haya procedido a gestionar ante Incora la extinción del dominio, pues la Caja apenas sí se limitó a verificar "la posesión que los colonos ejercían" y que fue aquella entidad la que "adoptó respecto del inmueble y para provecho de los poseedores, el plan social encaminado a producir la declaratoria sobre extinción del dominio", de lo cual desistió posteriormente; y que no es cierto que haya destruido o mutilado la correspondencia referente a ese proceso ejecutivo, pues que, dice, "los actos internos de la entidad no son de público conocimiento, ni lo es la comunicación cruzada entre diversos organismos".

En esa misma oportunidad la entidad demandada propuso, como excepciones de fondo, las que denominó, inexistencia de perjuicios imputables a la Caja, inexistencia de culpa y prescripción, las que fundó en los hechos por ella afirmados en su escrito de contestación a la demanda.

Replicada en tales términos 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 su sentencia de 29 de octubre de 1980, mediante la cual, luego de declarar no probadas las excepciones propuestas, declaró a la entidad demandada civilmente responsable de la "pérdida de la finca 'La Aduana' . . . de propiedad" del demandante y en consecuencia, tomando apoyo en el dictamen de los peritos Edilberto Deluque y Bernardo Legitime, quienes avaluaron el perjuicio, condenó a la demandada, a pagar al demandante la suma de \$ 105.590.500.00, más las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por la demandada contra esa providencia el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, el que, en fallo de 19 de diciembre de 1981, después de infirmar el apelado, absolvió a la entidad demandada de todos los cargos que se le enrostraron en la demanda inicial del proceso, e impuso al demandante las costas procesales.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de resumir el desarrollo del proceso, en el inicio de las consideraciones de

su sentencia el Tribunal alude, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, al principio de la carga de la prueba, para afirmar, con base en él, que toda persona que “inicia una acción judicial, tiene el elemental deber de probar sus pretensiones, so pena de sufrir las consecuencias adversas a sus intereses en litigio”.

Estima el *ad quem* que dicho postulado es muy pertinente en el presente caso, en el que “se cuestiona como uno de los presupuestos inmodificables para el desarrollo exitoso del litigio para el actor, la necesidad de determinar la calidad con que pide o demanda, y la de demostrar regular y suficientemente esa calidad, con que dice obrar el demandante”.

2. A renglón seguido advierte el sentenciador de segundo grado, y así lo afirma en su fallo, que en el caso que se estudia, según se infiere no sólo de la demanda inicial del proceso, sino también del poder conferido por el demandante y del contexto de sus alegaciones en primera y segunda instancias, Ariza Daza asumió como posición “la de *dueño* o *propietario*, del fundo La Aduana . . .”; y que esa “calidad, y la ausencia de prueba legal de la misma, originó las censuras que la parte demandada hace al fallo” de primer grado.

Y luego de referirse a la legitimación en causa tanto activa como pasiva, de hacer notar cuáles son los efectos de su ausencia, estima la Sala falladora que en este caso tal fenómeno no se estructura por su aspecto activo, porque “el demandante, no demostró que es *dueño* del predio La Aduana, calidad que invoca para reclamar perjuicios. O en otros términos, —explica el Tribunal de Riohacha— que el demandante Manuel Nicolás Ariza, no demostró pese a sus afirmaciones en el poder y en el libelo de la demanda, la posición jurídica en que dice hallarse, respecto al predio en que ha ocurrido el daño, para dar fundamento de interés jurídico a su acción de responsabilidad civil”.

3. Se refiere luego el sentenciador *ad quem* a las pruebas con las cuales cree el demandante haber probado su calidad de dueño del predio, o sea “a las visitas practicadas al inmueble” por la entidad demandada, “al llamado reconocimiento verificado por la Caja del ‘dominio’ y ‘de la posesión’, que se afirma tener sobre el predio rural La Aduana”, a la declaración del abogado Pinto Núñez y “al certificado de registro de embargo que aparece en autos”, para calificar tales medios probativos como ineficaces para demostrar el dominio sobre el inmueble,

derecho que, agrega, requiere de “la prueba específica correspondiente, la que según los artículos 747, 755, 756 y 1857 del Código Civil, no es otra que el título atributivo de dominio, debidamente registrado y legalmente aportado al proceso, pues sólo mediante esta prueba se lograría acreditar que, por el modo de la tradición ostenta Manuel Nicolás Ariza, el carácter de dueño que alega, indubitadamente en la demanda”.

Dice que el certificado de registro del embargo no suple la falta de la escritura pública, “porque conforme al artículo 745 del Código Civil, en concordancia con el 673 *ibidem*, los modos de adquirir el dominio son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción”; y que las copias del proceso ejecutivo que se acompañaron a la demanda tampoco suplen la falta de la escritura pública, pues ellas, “como documentos, son plena prueba del hecho de haberse proferido las decisiones que contienen, pero no lo son de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión”.

4. Conclusión de su análisis probatorio es pues, para el Tribunal de Riohacha, la de que en el presente caso falta la legitimación en la causa activa y que, por consiguiente, “la acción de perjuicios *no puede prosperar*, . . . porque efectivamente, el actor no ha acreditado un hecho al cual en el negocio *sub examine* subordina la ley, artículo 2342 del Código Civil, y la demanda, el derecho deducido en el juicio”.

“Ese hecho, —añade— o ese supuesto de fondo de la acción, es la calidad invocada por el demandante de *propietario del fundo La Aduana*, calidad, que *legal* y suficientemente, *debe aparecer acreditada en los autos*”.

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

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

Cargo primero.

1. Mediante él se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta

de aplicación, de los artículos 669, 762, 786, 981, 2341, 2342, 2343, 2347, 2356 del Código Civil, 8º de la Ley 153 de 1887, 34 de la 57 del mismo año, 1º de la 200 de 1936, 2º de la 4ª de 1973 y 54 del Decreto 1250 de 1970; y de los textos 475 y 673 de la codificación dicha, estos dos últimos por aplicación indebida.

2. En desenvolvimiento de esta censura el recurrente reitera que "hay violación directa" de las normas por él señaladas, porque el Tribunal en su sentencia "calificó erróneamente las calidades y circunstancias jurídicas generadoras de la cuestión de facto".

Dice, a intento de demostrar el error jurídico que denuncia, que éste consistió en que el *ad quem* "consideró que el artículo 2342 del Código Civil, sólo podía aplicarse en beneficio de quien mediante escritura pública debidamente registrada, probara que era el titular del derecho de dominio del bien perdido como consecuencia de la conducta negligente del demandado . . .", olvidando que, conforme al artículo 2341 *ibídem*, es titular de la acción indemnizatoria del perjuicio quien ha sido víctima de éste, quien ha sido lesionado en su patrimonio, quien sufre un menoscabo en él, como consecuencia de la conducta del agente de los hechos ilícitos.

De lo cual infiere el impugnador que "quien reclama un perjuicio con fundamento en el artículo 2342 del Código Civil, por haber sido lesionado en su derecho sobre unos bienes inmuebles, no se halla obligado a demostrar tal calidad con prueba solemne, porque no se trata de demostrar la fuente del derecho de propiedad, de la posesión", sino de acreditar que "el bien perdido, deteriorado o menoscabado, estaba bajo su poder jurídico bien como propietario o como poseedor material".

3. Continuando en el desarrollo del cargo, dice el impugnante, después de compendiar el razonamiento del Tribunal atinente a la falta de la prueba del dominio de inmuebles, que no se trataba en este caso "de un proceso reivindicatorio, no se trataba de probar los modos de adquirir el dominio, como pretende el Tribunal, sino de examinar si el predio 'La Aduana' que la Caja embargó y secuestró, que ofreció parcelarlo, se hallaba bajo el poder jurídico del demandante, bien como propietario o poseedor material de él, y aun como tenedor del mismo, situaciones jurídicas que en un evento de esta naturaleza no exigen la solemnidad de la escritura pública".

Agrega que exigir, como lo hace la sentencia combatida, "pruebas solemnes cuando la ley no

las exige, es un error jurídico", y que la comisión de tal yerro condujo al desconocimiento "de los derechos de la parte demandante, a pesar que como consecuencia de la negligencia de la entidad demandada, del abuso del derecho cometido por ella, se lesionaron los derechos subjetivos absolutos del demandante".

Se considera

1. *Con fundamento en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con una falta suya cause perjuicio a otro está en el deber de reparárselo, la legislación colombiana consagra, en el Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, la responsabilidad por los delitos y las culpas.*

De acuerdo con dicha normación positiva, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos, queda jurídicamente obligado a resarcirlo; y según los principios reguladores de la carga de la prueba, quien en tal supuesto demande la indemnización corre con el deber de demostrar, por regla general, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquél.

2. *La ley positiva, y con ella jurisprudencia y doctrina al unísono, dicen que el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria.*

Apenas sí parece verdad de perogrullo afirmar que el daño es la base o punto de partida de toda acción reparatoria, porque, traduciéndose la responsabilidad civil en obligación de resarcir, lógicamente no puede concretarse donde nada hay que reparar.

3. *Tratándose de la responsabilidad civil generada por delitos o culpas que causen daños en las cosas, el artículo 2342 del Código Civil señala las personas que por ser damnificadas pueden pedir indemnización de perjuicios: el propietario o poseedor de la cosa dañada o averiada; el usufructuario, habitador, usuario y aun el simple tenedor. Contempla esta disposición legal las diversas maneras como puede vincularse el derecho a las cosas, en forma que la situación jurídica que se invoca, a la vez que legitima el interés personal del demandante, da base inmodificable para determinar el alcance de la indemnización.*

De ahí que cuando alguien demande el resarcimiento de un daño sufrido en cosa suya o sobre la cual afirma haber tenido o tener algún derecho, le corresponde, por mandato legal contenido en el precitado artículo 2342, no solamente identificar la cosa objeto del daño y probar éste, sino además determinar el derecho que tenía sobre ese bien y, como es apenas obvio, acreditar la existencia de ese derecho, sobre el cual a la postre recae el daño.

A este respecto ha dicho la Corte: "Pudiendo ser diversa en su alcance e intensidad la forma en que refluye en el patrimonio de quien se presenta como víctima del daño causado en una cosa, es lógico e indispensable que el demandante de la indemnización determine su posición jurídica respecto de la cosa dañada, indicando en su libelo la calidad con que pide y las demás condiciones de existencia de la responsabilidad civil que demanda. Esta determinación es en estos casos uno de los fundamentos de derecho que ha de expresar todo demandante y constituye uno de los presupuestos inmodificables para el desarrollo del litigio" (Gaceta Judicial, Tomo LIX, 103).

Tal exigencia se justifica, además, porque sólo ante una clara determinación de la calidad jurídica con que se acciona y la plena prueba de ella, puede el juez vincular al responsable de la reparación del daño con la verdadera víctima de éste. Sólo así la reparación del daño será un pago legítimo, hecho al verdadero acreedor.

4. En el caso de este proceso el demandante Ariza Daza dijo, no solamente en el poder que confirió a su abogado, sino también y fundamentalmente en la demanda inicial, que él era el dueño o propietario del fundo "La Aduana", integrado por los tres lotes denominados "Los Ranchitos", "Casa de Zinc", y "La Aduana", de una extensión superficiaria total de 1.500 hectáreas. Invocando pues esa calidad jurídica en forma clara y reiterada, dijo demandar por el daño recaído en ese inmueble de su propiedad por la pérdida del mismo, debida a la invasión de colonos que se produjo por la conducta negligente de la demandada. Esa situación jurídica que se atribuyó en relación con el bien, la de ser su propietario, la repitió insistentemente en todas las alegaciones escritas ante los jueces de las dos instancias y sin el menor asomo de propósito para modificarla.

No dijo el demandante por parte alguna que era mero poseedor de la finca, o dueño en parte y poseedor en parte: por eso el Tribunal de Rio-

hacha, al proferir su sentencia, sin desconocer que la personería para demandar perjuicios contra el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro en sus propiedades no radica exclusivamente en el dueño de la cosa, sino que basta que sea poseedor o tenedor, estimó con acierto que la calidad aquí invocada para pedir la reparación fue la de propietario y que esa era la que constituía el supuesto de hecho que él tenía que juzgar.

Siendo ello así, como en realidad lo es, no puede inequívocamente afirmarse que se infringió el artículo 2342 del Código Civil por inaplicación, puesto que el sentenciador *ad quem* no podía, sin alterar ostensiblemente los extremos sobre los cuales se trabó y desarrolló toda la relación procesal en sus dos instancias, atribuirle al demandante una calidad jurídica que él jamás invocó para legitimar su derecho a la indemnización.

5. *Es verdad que la ley permite tanto al dueño, como al poseedor y aun al mero tenedor de una cosa demandar la indemnización del daño ocurrido en ésta; pero eso no significa que el demandante deba limitarse a manifestar que ha recibido un perjuicio por los daños causados en esa cosa, sin precisar desde un principio el derecho que alega; como tampoco quiere decir que habiendo demandado por la lesión de su derecho de propiedad sobre la cosa, pueda en casación, y solamente entonces, alterar ese extremo del litigio para pedir que si bien no demostró dominio, se le reconozca la indemnización por ser poseedor.*

No es procedimiento correcto, en verdad, que una vez trabada la relación jurídico-procesal y cuando no se ha acudido al medio de corregir la demanda, mucho menos cuando el proceso ha salido ya de sus instancias, que el demandante cambió bruscamente el título de propietario que cita como fundamento del derecho indemnizatorio, para decir tardíamente que se le conceda la reparación como poseedor o como mero tenedor, y sobre todo cuando este viraje de última hora se debe a la falta de prueba de la calidad inicialmente invocada y por ende del derecho reclamado.

El dominio de las cosas, así sea que se invoque únicamente como base para reclamar indemnización por el daño recaído en ellas, no sólo tiene que ser afirmado en la demanda, pues ese es el título que entonces legitima el reclamo, sino que además tiene que ser demostrado idóneamente en el proceso para que el juez pueda, satisfechos los

demás elementos estructurales de la acción de responsabilidad, condenar a la reparación de lo efectiva y realmente sufrido por la víctima.

6. Por lo demás, para dar mayor asidero al rechazo de este cargo habría que observar que muy a pesar de que se formula por violación directa de la ley, la sustentación se endereza a demostrar que el demandante sí tiene, en relación con la finca "La Aduana", la calidad jurídica de poseedor material que el Tribunal no le reconoció.

La censura así concebida, por entrañar discrepancia entre la impugnación y las conclusiones que el sentenciador sacó de los hechos, sólo podría considerarse en una acusación por la vía indirecta, en la cual se alegara y demostrara error de hecho manifiesto o error de derecho en la apreciación de las pruebas.

7. Y si se mira la cuestión planteada en el recurso desde otro punto de vista, tampoco puede decirse que, por aplicación del artículo 762, *in fine*, del Código Civil, el demandante es propietario de la finca por presunción, pues no aparece demostrado que sobre el referido fundo aquél hubiese ejercitado actos de señor y dueño, o sea el supuesto fáctico sobre el cual el legislador funda la apuntada presunción de dominio.

No hay, en efecto, medio probativo alguno que demuestre que con anterioridad al 16 de abril de 1958, fecha en que se hizo el secuestro del bien, Ariza Daza estuviera en posesión de la heredad "La Aduana"; ni menos posteriormente, pues en esa fecha ya se encontró ésta en posesión de "un número considerable de colonos", como lo dice el acta contentiva del secuestro y como además lo reconoce el propio demandante.

Como consecuencia de lo dicho se desestima esta censura.

Segundo cargo.

1. Por éste se acusa la sentencia de segundo grado de infringir indirectamente, por los mismos conceptos indicados en el cargo anterior, las mismas normas cuya violación allá se denunciaba y además los artículos 175, 176, 179, 180, 185, 187, 197, 198, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 262 y 276 del Código de Procedimiento Civil, por inaplicación, a causa de los errores de hecho manifiestos en que habría incurrido el Tribunal.

2. En desenvolvimiento de este cargo la censura le endilga al Tribunal los yerros fácticos que así concreta y enumera:

a) En la interpretación de la demanda con la cual se inició este proceso, pues analizándola en su contexto y conjuntamente con los demás medios de prueba allegados, hay que concluir que Manuel Nicolás Ariza "era poseedor material de los tres predios que integran en total la finca 'La Aduana', y que sólo sobre uno de ellos tenía título traslativo de dominio con extensión de 42 hectáreas ...";

b) En la apreciación de las confesiones contenidas en el escrito de contestación a la demanda, pues el *ad quem* no analizó dicho libelo en su conjunto, "ni se percató de que la mayoría de los hechos de la demanda fueron aceptados por la entidad demandada. No se percató que allí se admite, que la Caja sólo pidió la terminación del secuestro, no del embargo, que tratándose de inmuebles es fenómeno jurídico diferente";

c) En la estimación del acta contentiva de la diligencia de secuestro practicado dentro del proceso ejecutivo referido atrás, en la cual consta que el predio tenía una extensión total de 1.500 hectáreas; que el depositario judicial recibió el bien sin observaciones; y que en ninguna parte de ella "quedó constancia de que fuera un secuestro simbólico";

d) Al no haber apreciado el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Valledupar, existente dentro de las copias acompañadas a la demanda, en donde consta que Ariza Daza, es poseedor de parte del fundo secuestrado, e indicando el título, mediante el cual se adquirió el dominio, certificado que, dice el impugnador, "puede ser prueba supletoria de la propiedad, y tiene significación probatoria en los términos de los artículos 789, 2526 del Código Civil ...";

e) Al no tener en cuenta las copias del proceso de ejecución que con antelación al presente se siguió entre las mismas partes del proceso, las que "fueron objetivas, ni tachadas de falsas" y que por tanto acreditan no sólo que el demandante ejercía la posesión del fundo, sino también que "allí existen 33 colonos como resultado de las invasiones patrocinadas por la Caja", y, además, que también intervino allí "Incora, por petición de la Caja, que pretendió declarar la extinción del dominio del inmueble";

f) Haber pretermitido, pues no lo apreció en su sentencia, la declaración jurada de Alfonso Otero Torres, la cual demuestra "que la Caja pretendió parcelar el predio del demandante, sin ser de su propiedad y con fundamento en un proceso ejecutivo";

g) Al pretermitir igualmente el testimonio del abogado Juan Pinto Núñez, el que da cuenta que la entidad demandada "sí estuvo buscando la parcelación del fundo 'La Aduana' y que tuvo intención de comprar el predio para arreglar el problema de los colonos", y

h) Al no tomar en cuenta el *ad quem* en su fallo las fotocopias que obran en los folios 150 a 160 del cuaderno principal del expediente, las cuales demuestran: que la referida hacienda fue invadida por colonos "hasta llegar a desaparecer por completo los cerramientos que identifican el fundo"; que Incora sí pretendió la extinción del derecho de dominio de ese inmueble; y que tal predio continúa embargado.

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, asevera el censor que el Tribunal incurrió en los errores de hecho denunciados por aquél, "por el motivo que se limita a examinar si en el expediente había una escritura pública debidamente registrada, que demostrara que el demandante era titular del derecho de dominio pleno, sobre los predios perdidos como consecuencia única y exclusiva de la actividad de la entidad demandada", olvidando que aquél invocaba "más la calidad de poseedor material, que el dominio pleno sobre el fundo".

A continuación afirma el recurrente que si los colonos no se opusieron al secuestro, "era porque el ejecutado tenía la posesión" del inmueble; que si la Caja anunció públicamente que el predio iba a ser parcelado, si su abogado pidió el loteo para hacer el remate y si agentes suyos pidieron la intervención del Incora, todo ello implica un abuso del derecho por parte de dicha entidad; que no se justifica que la Caja hubiera mantenido el embargo del bien y se limitara a solicitar el levantamiento del secuestro. De lo cual concluye que hubo un manifiesto error de hecho del Tribunal al no ver que el aquí demandante sí era poseedor de la finca.

4. Finalizando la formulación del cargo, expresa el casacionista que el sentenciador de segundo grado incurrió en los errores de hecho denunciados "por no dar cumplimiento al mandato del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que impone al juzgador examinar los medios de prueba en conjunto".

Y agrega que si dicho juzgador hubiera cumplido con ese mandato legal, habría llegado a la conclusión de que el aquí demandante sí tenía "la calidad de poseedor material del fundo" y que, en consecuencia, lo habría considerado como

"la víctima del daño causado a las cosas sobre las cuales ejercitaba algún derecho, como lo dispone el artículo 2342 del Código Civil, norma quebrantada por el Tribunal por falta de aplicación".

Se considera

1. Como claramente se infiere del extracto que de su sentencia se hizo, el Tribunal de Riohacha estimó, y en tal consideración apoyó su fallo desestimativo, que en el caso presente faltó establecer la legitimación en la causa del demandante, como quiera que habiendo ejercitado éste la acción reparatoria del daño sufrido en un inmueble de su propiedad, no acreditó el título de dominio como la ley lo exige.

Dijo en efecto el *ad quem* que "en el presente caso, la acción de perjuicios, *no puede prosperar* (sin entrar al análisis de los comportamientos de la entidad demandada), porque efectivamente, el actor no ha acreditado un hecho al cual en el negocio *sub examine* subordina la ley, artículo 2342 del Código Civil, y la demanda, el derecho deducido en el juicio. Ese hecho, o ese supuesto de fondo de la acción, es la calidad invocada por el demandante de *propietario del fundo La Aduana*".

Estimó pues el Tribunal que esa sola consideración, aun sin necesidad de entrar a analizar los demás elementos esenciales de la responsabilidad civil, era de suyo suficiente para denegar la pretensión del demandante; que la ausencia de la legitimación en la causa, desde el punto de vista activo, era razón suficiente que lo relevaba del examen de las pruebas atinentes a la conducta de la demandada, y a la relación de causalidad que pudiera existir entre ésta y el daño que invoca el demandante.

2. Como se trata de requisitos concurrentes, cuando falte la prueba de uno de los elementos necesarios para acoger la acción de responsabilidad civil es inocuo entrar a analizar los demás, pues aun en el supuesto de la existencia de éstos la ausencia de uno solo conduce a la sentencia desestimativa de la pretensión del demandante. Siendo ello así, mientras no se infirme o desvirtúe el fundamento cardinal del fallo de ese contenido, es inane acusar en casación error de hecho por la no apreciación de pruebas referentes a elementos de la pretensión que el juzgador no consideró, al estimar que faltaba otro, lo que por sí solo justificaba su decisión negativa.

Para despachar este cargo debe entonces la Corte analizar si el razonamiento básico de la sentencia atacada es o no ostensiblemente equivocado, o sea, advertir si el demandante, como lo afirma el casacionista, deprecó la indemnización de perjuicios alegando ser poseedor del predio "La Aduana".

3. Como ya lo ha dicho la Corte, cuando al tiempo de fallar el sentenciador se encuentra frente a una demanda que adolece de imprecisión y claridad, bien sea en la forma como se hallan concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho o ya en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo, y además, si ello fuere necesario para precisar su verdadero sentido, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Lo cual significa que esta labor ponderativa del juez, para que esté de acuerdo con su naturaleza y su fin propios, no puede operar mecánica ni absolutamente: no lo primero, porque sólo procede una interpretación racional, lógica y ceñida a la ley; y menos lo segundo, porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado el derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida en la demanda o los hechos sobre los cuales esta se apoya.

En el caso de este proceso Manuel Nicolás Ariza Daza dio poder a su abogado para demandar indemnización del perjuicio sufrido al "secuestrar la finca de mi propiedad"; el apoderado así constituido presentó demanda en la cual pidió que se declarase a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero responsable civilmente "de la pérdida de la finca 'La Aduana' ... de propiedad del señor Manuel Nicolás Ariza Daza" y condenarla a pagarle los perjuicios a él causados "por la pérdida de la finca La Aduana", perjuicios que por daño emergente determinó en la suma de \$ 22.500.000,00, equivalente al valor actual de las 1.500 hectáreas que la componen. Y como supuestos de hecho expresó que él había denunciado para el pago de la obligación en el ejecutivo que le adelantó la Caja Agraria, "la finca de su propiedad denominada La Aduana" (hecho 3º); que en el certificado expedido por el Registrador aparecía que "él era el propietario de la finca" citada (hecho 6º); que decretado el levantamiento del secuestro y ordenada la entrega de la finca, "lo cierto es que ésta nunca se hizo por cuanto que la finca 'La Aduana', de propiedad de mi mandante, fue in-

vadida en su totalidad por colonos" (hecho 18); que Incora "comprobó la posesión u ocupación de colonos en la finca 'La Aduana' de propiedad de Manuel Nicolás Ariza Daza" (hecho 23); que en la diligencia "de secuestro se pudo constatar que el predio antes mencionado y de propiedad de mi representado Manuel Nicolás Ariza Daza, tenía una superficie de" 1.500 hectáreas (hecho 24).

En su alegato de conclusión presentado en la primera instancia del proceso, el apoderado del demandante, refiriéndose al daño que éste manifestó haber sufrido, dijo: "Este elemento se estructura en la ocupación que hicieron los colonos a la finca 'La Aduana', de propiedad de Manuel Nicolás Ariza Daza, predio éste que hoy en día desapareció por completo ..., sin que se hubiese procedido a venta de los hoy tenedores por parte de su legítimo dueño Manuel Nicolás Ariza ...".

La calidad de propietario de la finca "La Aduana" que el demandante invocó para legitimar su derecho indemnizatorio reclamado, en la cual categóricamente insistió en todo el curso de la primera instancia del proceso, fue reiterada también en segunda instancia, como puede verse en su alegato presentado allí, en el cual en múltiples párrafos se dice que la finca "La Aduana" era de propiedad de Manuel Nicolás Ariza.

4. En presencia de expresiones tan coruscantes y categóricas, hechas no solamente en el *petitum* de la demanda, sino también en la *causa petendi* y aun en el poder conferido, reiteradas en todas las alegaciones de instancia, no resulta en verdad aceptable aseverar que el Tribunal malinterpretó el escrito incoativo del proceso, al concluir que el demandante invocó como fundamento de la reparación suplicada la propiedad que afirmó tener sobre la finca que dice se perdió por la invasión de colonos.

Por ninguna parte de su demanda, ni en escrito posterior alguno salvo en su libelo de casación, Ariza Daza dijo ser mero poseedor de la finca "La Aduana" y fundar en tal relación su derecho a ser indemnizado por la pérdida de ese inmueble. Solamente cuando fue vencido en segunda instancia inició sus esfuerzos para que se le reconociese indemnización como poseedor.

Si se estudian las súplicas que hizo en su demanda el citado Ariza Daza y los hechos en que las fundó, ora se les considere aisladamente o ya en conjunto, tiene necesariamente que concluirse

en que la calidad jurídica allá invocada, reiterada una y otra vez en alegaciones posteriores, es la de propietario de la finca y no la de poseedor de ella. Luego no hubo error de hecho, mucho menos manifiesto, en la interpretación que el Tribunal hizo de la demanda inicial del proceso.

5. Y si debiera prescindirse de la anterior conclusión, para desechar el cargo que aquí se estudia sería suficiente considerar:

a) Que si, como lo asevera el demandante, la causa determinante de la pérdida para él de su finca "La Aduana" se sitúa en la invasión y ocupación que de ésta hicieron los colonos, no puede establecerse una relación directa entre la actividad de la Caja Agraria, tendiente al embargo y secuestro del fundo y la pérdida aludida, pues es lo cierto que, según lo indica el acta de la diligencia de secuestro, cuando éste se practicó en abril de 1958 ya se encontró allí "un número considerable de colonos", lo que significa lógicamente que la invasión de la finca por los colonos antecedió a las gestiones de la entidad allá ejecutante, y

b) Que si, como también lo dice el demandante, esa invasión u ocupación fue lo que motivó a la postre la extinción de su derecho de propiedad sobre el predio, no podría desconocerse la participación en ese resultado de su propia conducta negligente y desidiosa, pues muy a pesar

de considerarse propietario y poseedor de la finca no desarrolló sin embargo, en 20 años o más, gestión alguna para impedir tal ocupación o para hacerla cesar en sus efectos, lo que ha podido y debido hacer para interrumpir al menos la prescripción y ya que el embargo del fundo no era obstáculo para ello.

6. De lo expuesto se concluye que este cargo también está llamado a su rechazo.

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 diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Quando en la producción del daño han actuado varias personas, todas ellas, por regla general, son solidariamente responsables. En tal virtud, la víctima puede demandar a cualquiera de ellas por el total de los perjuicios.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, 2 de noviembre de 1982.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de diciembre de 1981, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Guillermo Moya Sánchez contra el Banco de Occidente y Alberto Gutiérrez Salgado.

Antecedentes

A. mediante demanda presentada el 17 de enero de 1979, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, solicitó el mencionado demandante que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen las declaraciones y condenas principales o subsidiarias siguientes:

Principales:

“I. Se declare que el Banco de Occidente comprometió su responsabilidad extracontractual directa, en ejercicio de la actividad bancaria, al ponerle su visto bueno a la supuesta o falsa carta de crédito señalada en los hechos de la demanda.

“II. Que como consecuencia de esa responsabilidad, el Banco de Occidente S. A. está obligado a pagarle al señor Guillermo Moya Sánchez la totalidad de los perjuicios sufridos por éste con motivo de la visación o conformidad que le puso a la carta de crédito en cuestión y conforme al avalúo que de ellos se haga dentro del proceso.

“III. Que se condene al Banco de Occidente a pagar las costas del proceso.

“Peticiones subsidiarias:

“De manera simplemente subsidiaria solicito se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“a) Se declare que los demandados: señor Alberto Gutiérrez Salgado y el Banco de Occidente son solidariamente responsables para con el señor Guillermo Moya Sánchez por la culpa en que incurrieron, el primero al haberlo inducido en la negociación relatada en los hechos de la demanda respecto de la supuesta carta de crédito en ellos aludida y el segundo, o sea el Banco de Occidente al haberle puesto el visto bueno o conformidad que consta en dicho documento;

“b) Se declare que, como consecuencia de esa responsabilidad extracontractual los demandados Alberto Gutiérrez Salgado y el Banco de Occidente están solidariamente responsables y obligados a pagarle al señor Guillermo Moya Sánchez la totalidad de los perjuicios sufridos por éste, según lo relatado en los hechos de la demanda y conforme a la tasación que de ellos se haga dentro del proceso;

“c) Que se condene a los demandados solidariamente al pago de las costas del proceso”.

B. Como fundamento de sus pretensiones el demandante refiere los hechos que seguidamente se extractan:

a) Alberto Gutiérrez Salgado tiene establecida una oficina de “comisionista intermediario dentro del mercado extrabancario de dinero”, la que se denomina Alberto Gutiérrez y Asociados y a dicho establecimiento llegó el demandante “con el ánimo de colocar a interés la cantidad de \$ 500.000.00, con las seguridades del caso”, habiéndole sugerido el citado Gutiérrez que colocara dicha suma “por su intermedio,

como en efecto lo hizo, \$ 100.000.00 con garantía hipotecaria y \$ 400.000.00 negociándole una carta de crédito expedida por un banco”;

b) El 6 de diciembre de 1976 el demandante, acompañado de su esposa Alicia de Moya y además por Raúl Bonilla y Hugo Quintero, se dirigió al Banco de Occidente, sucursal de la Avenida Caracas Nº 24-87, “donde le fue presentada la carta de crédito que iba a recibir en garantía, al entonces Gerente de esa sucursal, señor Javier Escobar, a quien el señor Raúl Bonilla preguntó por su autenticidad, sin que éste la hubiera podido verificar por no tener catálogo o registro de la firma del gerente de la sucursal de Pasto”, pero prometió poner un télex solicitando conformidad de la carta de crédito y a la vez sugirió que los interesados fueran a las oficinas principales del Banco de Occidente;

c) Seguidamente los esposos Moya y sus acompañantes Bonilla y Quintero fueron a las oficinas principales del Banco de Occidente de Bogotá, “donde los atendió el señor Federico Moreno, Jefe del Departamento Extranjero del anotado Banco, quien manifestó, luego de cotejar las firmas con el libro de registro de ellas que reposa en esas oficinas que era auténtica” y a instancias del demandante le puso a la carta de crédito “el visto bueno o conformidad del Banco de Occidente”;

d) Con motivo en la seguridad que le daba “el visto bueno del Banco encargado de pagar la carta de crédito a su vencimiento, el demandante procedió a girar a favor de Alberto Gutiérrez un cheque por la cantidad de \$ 341.333.34, equivalente al valor nominal de la carta de crédito, o sea \$ 400.000.00 menos los intereses anticipados sobre tal suma y menos una comisión para el intermediario”. El mencionado Gutiérrez le entregó al demandante Guillermo Moya el original de la carta de crédito número 079/76, así como una carta dirigida al Banco de Occidente “en la que le hace saber a dicho Banco que ha autorizado tanto al Banco de Bogotá, como a los señores Guillermo Moya y/o Alicia de Moya para que por cuenta de él cobraran a su vencimiento la anotada carta de crédito, o sea el día 31 de mayo de 1977”;

e) Mas ocurrió que día antes del vencimiento de la supuesta carta Alberto Gutiérrez enteró a Guillermo Moya que era falsa, lo cual supo por conducto de Hugo Quintero, persona por cuya cuenta se había abierto la carta de crédito en cuestión;

f) Ante estas circunstancias, el demandante Moya “presentó la carta de crédito al cobro el día 30 de mayo de 1977, entregándosela al Gerente del Banco de Occidente, sucursal de la Avenida Caracas, y al día siguiente se le respondió al citado Moya que la anotada carta de crédito no había sido expedida por el Banco de Occidente, sucursal de Pasto y que por lo mismo era falsa”;

g) Que a pesar de la investigación penal adelantada, en nada se desvirtúa “la responsabilidad civil de los demandados”.

C. Los demandados respondieron en el sentido de aceptar algunos hechos y de desconocer otros, por lo que culminaron con oposición a las súplicas y, formulando el Banco, como medios exceptivos, los que denominó de “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del derecho pretendido por el actor”, “falta de legitimación para ejercitar la acción” y “falta de causa de la obligación extracontractual”.

D. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 15 de julio de 1981, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las súplicas de la demanda, lo que dio lugar a que la parte demandante interpusiera contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 18 de diciembre del mismo año, en el que se dispuso lo siguiente:

“Primero. *Revocar* la sentencia apelada.

“Segundo. Declarar que el Banco de Occidente comprometió su responsabilidad extracontractual frente al demandante Guillermo Moya Sánchez por los hechos expuestos a la parte motiva.

“Tercero. *Declarar* no probadas las excepciones propuestas por dicha entidad.

“Cuarto. *Declarar* que su condena está sujeta a reducción en un cincuenta por ciento (50%) por el hecho concurrente de un tercero.

“Quinto. *Condenar* al demandado Banco de Occidente a pagar, en consecuencia, la suma de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) moneda corriente, a título de perjuicios compensatorios, y el valor de los intereses comerciales que se acrediten, previos los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, a partir del día treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos setenta y siete (1977), como perjuicios moratorios.

“Séxto. *Absolver* al demandado Alberto Gutiérrez Salgado de los cargos formulados.

“Séptimo. *Costas* del proceso a cargo de la parte demandada, Banco de Occidente”.

E. Inconforme el demandante con la resolución precedente, interpuso contra ella 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 y los elementos que conforman la responsabilidad civil extracontractual, añade lo siguiente:

“La actividad bancaria se ha considerado jurisprudencialmente como ejercicio de una actividad peligrosa; así la consideró el *a quo*, y así lo aceptan las partes. La teoría del ejercicio de las actividades peligrosas se ha edificado entre nosotros sobre el texto del artículo 2356 del Código Civil, y sabido es que la interpretación de ese texto ha llevado a la conclusión de que —a diferencia de lo que ocurre con el artículo 2341 *ibídem*—, conlleva una presunción del elemento culpa, y a tal punto que el demandado sólo puede exonerarse acreditando causa extraña, es decir, rompiendo la relación de causalidad atribuida por el demandante. En ningún caso se le admite exoneración con la prueba de ausencia de culpa.

“La responsabilidad consagrada en el Código Civil Colombiano es de tipo subjetivo, es decir, se funda en la culpa, así algunas veces esa culpa se presume, como en el citado caso del artículo 2356, en virtud del énfasis que el legislador le dio a la simple imputabilidad: ‘Por regla general todo daño que pueda imputarse ...’.

“El elemento o causa extraña, como exonerante de responsabilidad, no es otra cosa que la fuerza mayor o caso fortuito, incluido el hecho de un tercero, y la culpa exclusiva de la víctima.

“El Banco demandado acepta el hecho que se le imputa: Haber puesto el visto bueno a un crédito documentario falso. De ese hecho se desprende una culpa, pues implica descuido, imprudencia, negligencia; culpa que en todo caso se presume.

“El daño o perjuicio sufrido por el demandante, consistente en la pérdida patrimonial del valor pagado en la negociación con Quintero, o más concretamente en la suma dejada de percibir como valor de la carta de crédito, es cuestión

demostrada plenamente en el proceso y no discutida por las partes. Al respecto tenemos la declaración del demandado Alberto Gutiérrez, y la diligencia de inspección judicial complementada con las fotocopias allegadas, relativas al movimiento de la cuenta corriente del demandante.

“Finalmente la relación de causalidad se desprende de la convicción a que lógicamente se llega en el sentido de que si el Banco se hubiera abstenido de dar su visto bueno al documento, el demandante no habría celebrado el negocio. No otro pudo ser el objeto de la solicitud formulada al Banco en procura de conocer la validez de la carta de crédito.

“Se encuentran de consiguiente reunidos y demostrados los elementos de la responsabilidad imputada al demandado principal”.

Más adelante, el sentenciador de segundo grado, una vez que descarta los medios exceptivos, agrega lo siguiente:

“Efectivamente aparece probado de autos, con las copias del proceso penal, que el señor Hugo A. Quintero Sánchez, fue condenado como autor de la falsificación de la carta de crédito. Ello constituye plena prueba en este proceso.

“Ahora bien, esa conducta dolosa del tercero fue sin duda alguna causante del daño sufrido por el demandante, pero no fue la única causa.

“Tanto la falsificación del documento como el visto bueno otorgado por el Banco de Occidente actuaron como causas suficientes del daño. Sin la falsedad no se hubiera producido el perjuicio, pero tampoco sin el visto bueno. Se equivocó el *a quo* al atribuir al primer hecho causalidad exclusiva. Ciertamente que cuando se presenta pluralidad de causas suele encontrarse que una de ellas es dominante, pero eso no ocurre en nuestro asunto visto desde la perspectiva de la víctima. Una y otra aparecen como igualmente suficientes y adecuadas para atribuirles el daño, así la segunda haya dependido de la primera.

“El señor Quintero no fue demandado en este proceso y por tanto no puede aquí deducirse su responsabilidad civil, con la consiguiente solidaridad prevista al artículo 2344 del Código Civil, pero sí ha de tomarse en cuenta su conducta para reducir la condena al Banco de Occidente. La reducción será del cincuenta por ciento (50%), por cuanto se han considerado las culpas como equivalentes.

“En conclusión, prospera la pretensión principal de la demanda, pero con reducción por con

currencia entre la culpa del demandado y el dolo de un tercero.

“No prosperando totalmente la pretensión principal de la demanda cabe estudiar la pretensión subsidiaria, al menos para verificar si el otro demandado debe concurrir a la reparación.

“La pretensión subsidiaria de la demanda se dirige a obtener declaración de que los demandados Banco de Occidente y Alberto Gutiérrez, son solidariamente responsables frente al demandante, el primero por el visto bueno otorgado al documento falso y el segundo por haberlo inducido a la negociación.

“Respecto del Banco de Occidente la petición prospera por las razones ya expuestas.

“En relación con el demandado Alberto Gutiérrez no puede menos que acogerse la conclusión del *a quo*. Así sí cabe demostrar la culpa, pues la actividad de Gutiérrez no puede calificarse como peligrosa, sino sujeta a los principios comunes del artículo 2341 del Código Civil. Gutiérrez en la realidad de los hechos no fue sino un intermediario, un enlace que prestó su nombre para la negociación entre Moya y Quintero, así está además admitido por los litigantes.

“Pues bien, no aparece demostrada la culpa de Gutiérrez, es decir, no aparece demostrado que al poner en contacto a las partes contratantes haya incurrido en negligencia o descuido y mucho menos en dolo”.

El recurso de casación

Con apoyo en la causal primera, dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, orientados a lograr que se condene al Banco demandado por el total de los perjuicios, de los cuales se estudiará el segundo por encontrarse llamado a prosperar.

Cargo segundo. Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 2344, 1568, inciso 2, 1569, 1570, 1572 y 1573 del Código Civil, por falta de aplicación; 1568 inciso 1 del Código Civil, por aplicación indebida.

Comienza el censor por destacar los pasajes del fallo en donde el *ad quem* sienta la consideración de que el Banco demandado tan sólo debe responder por el cincuenta por ciento (50%) de los perjuicios causados al actor, luego de lo cual afirma el casacionista que dos son los pilares de la argumentación del Tribunal, a saber:

“a) Que existe pluralidad de causas en la producción de los perjuicios reclamados y la indemnización de éstos debe entonces dividirse entre los causantes de ellos, y

b) Que por no haber demandado al otro causante de los perjuicios solamente le es posible a la víctima reclamar al Banco de Occidente la mitad de los perjuicios”.

A continuación, el censor sienta las reflexiones siguientes:

a) “*Pluralidad de causas.* Cuando se presenta este evento se hace imperioso estudiar la relación que existe entre cada una de las causas con el daño causado para determinar cuál de ellas tuvo la verdadera incidencia en la causación de los perjuicios o si hay equivalencia entre ellas para el efecto mencionado.

“En el caso que nos ocupa resulta evidente, y así lo reconoce el propio Tribunal en transcripción que ya se hizo, que el motivo determinante, es decir, la causa real, para que el actor hubiera entregado dinero en función de la anotada carta de crédito, no fue otra que el visto bueno que el Banco demandado le puso a dicho documento y por lo mismo ante él, como víctima, opera como causa exclusiva de los perjuicios la responsabilidad asumida por el Banco de Occidente al poner el citado visto bueno que conlleva implícitamente la voluntad de cancelar la carta de crédito a su vencimiento y según el tenor literal de la misma, sin que pueda excepcionar posteriormente falsedad de ella, puesto que eso era lo que precisamente buscaba evitar el señor Guillermo Moya Sánchez. El no quiso correr el riesgo de entregar un dinero en función de una carta de crédito que a la postre pudiera resultar falsa y por eso solamente llevó a cabo la negociación cuando se entendió seguro al obtener un visto bueno que eliminaba la posibilidad de la falsedad de la misma o, en todo caso, significaba que el Banco demandado al ponerlo asumía la obligación de pagarla, así resultara falsa. Este es el sentido o significado obvio de un visto bueno bancario. Luego para la víctima solamente hubo una causa de los perjuicios que fue el acto tantas veces mencionado que sin lugar a dudas comprometió la responsabilidad extracontractual del demandado.

“Sin embargo, partiendo de la base de la sentencia consistente en que a esa responsabilidad por culpa aquiliana del Banco se suma como causa de los perjuicios la culpa delictual del autor de la falsedad de la carta de crédito, es necesario

concluir, por lo expuesto, que de las dos causas concurrentes la que guarda más íntima relación con los perjuicios reclamados es la primera, y que debe ser ésta la que soporte la carga total o de todas maneras en forma solidaria una y otra, pero jamás de manera divisible”;

“b) Que por no haber demandado al otro causante de los perjuicios solamente le es posible a la víctima reclamar al Banco de Occidente la mitad de los perjuicios.

“Hubo un error de juzgamiento en la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bogotá, cuando entendió equivocadamente que no podía aplicar la solidaridad establecida en el artículo 2344 del Código Civil por no haber sido demandado dentro de este proceso el autor de la falsificación, señor Hugo Quintero.

“Es evidente el error si se considera que justamente por razón de la solidaridad establecida en la disposición legal anotada, que el Tribunal se negó a aplicar, no era necesario vincular a la litis a ese señor, ya que según el texto del artículo 1571 del Código Civil: “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división”;

“c) La inaplicación del artículo 2344 del Código Civil implicó igualmente la violación directa por la causal ‘falta de aplicación’ del artículo 1571 del Código Civil, ya transcrito, conforme a cuyo tenor es potestativo del acreedor (en este caso la víctima) demandar, a su arbitrio, a todos sus deudores solidarios (el Banco de Occidente y el señor Hugo Quintero) o, a uno solo de ellos, sin que por el demandado pueda excepcionarse con base en el beneficio de división. La inaplicación del artículo 2344 del Código Civil, violó igualmente en forma directa por la causal ‘falta de aplicación’ los artículos 1569, 1570, 1572 y 1573 del Código Civil, ya que ellos integran, junto con el inciso 2º del 1568 y el 1571, las principales bases o fundamentos sobre los que se desarrolla la noción de solidaridad en las obligaciones jurídicas y sus principales efectos”.

Se considera:

1. Como norma general, la acción de responsabilidad delictual y cuasidelictual, por el aspecto activo o de su titularidad, le corresponde a quien ha sufrido un daño y, por el aspecto pasivo, debe intentarse contra el autor del mismo.

Con todo, puede acontecer que el daño no se haya cometido por una única persona, sino que en su producción han concurrido o participado varias. En este evento cada una de ellas será solidariamente responsable del perjuicio proveniente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones legales, pues sobre el particular el artículo 2344 del Código Civil establece la regla siguiente: “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355”. Y, por su parte, la legislación penal, en el Título VI “De la Responsabilidad Civil Derivada del Hecho Punible”, dispone en el punto, a través de los artículos 104 y 105: “Titulares de la acción indemnizatoria. Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal. Quiénes deben indemnizar. Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 del penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar”.

2. Si por ministerio de la ley se establece que siendo varios los autores del daño cada uno de ellos será solidariamente responsable de todo perjuicio ocasionado con el hecho dañino, se tiene, con fundamento en la misma normatividad, que la víctima o acreedor queda facultado para exigir la totalidad del crédito respecto de todos los deudores solidarios conjuntamente, o igualmente por la totalidad contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, sin que éstos puedan oponerle el beneficio de división (artículos 1568, inciso 2º y 1571 del Código Civil).

3. Si bien el artículo 2344 del Código Civil establece la regla general de la responsabilidad solidaria para la reparación de los perjuicios procedentes del mismo delito o culpa cometidos por dos o más personas, también se debe tener en cuenta cuándo no existe tal linaje de responsabilidad, a pesar de la pluralidad de personas en la comisión del hecho dañino.

En efecto, la responsabilidad derivada del delito o del cuasidelito, no es solidaria, según el citado artículo 2344 del Código Civil, en estos casos:

a) Cuando un edificio en ruina, que pertenece a varias personas en proindiviso y por haber omitido las reparaciones indispensables, o por

haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre, la indemnización, en esta hipótesis, se dividirá entre los copropietarios, a prorrata de sus respectivas cuotas, como quiera que el artículo 2344 del Código Civil señala como excepción a la solidaridad pasiva el 2350 y ésta establece que "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. Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio";

b) Tampoco tiene lugar la responsabilidad solidaria, respecto de los daños causados por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, puesto que el artículo 2355 expresa que "el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola".

4. Entonces, cuando en la producción del daño han actuado varias personas, generalmente todas ellas son solidariamente responsables y, por tal virtud, la víctima o acreedor, a su arbitrio, puede demandar a cualquiera de ellos por el total de los perjuicios. Sobre el particular tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación que "la posible culpa concurrente del tercero, a quien por serlo no se puede juzgar aquí, no exonera de responsabilidad del daño; apenas lo haría solidariamente responsable del mismo a términos del artículo 2344 del Código Civil, respecto del cual ha dicho la Corte: 'Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil, en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 1579 y siguientes (LXX, página 317 y LXXII, página 810). Siendo, pues, solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos' (casación civil de 4 de julio de 1977; aún no publicada).

También ha sostenido que "la preceptiva de la responsabilidad civil extracontractual, en cuya cúspide se ubica el principio consagrado por el artículo 2341 de nuestro Código Civil, no admite distinciones: siempre que un daño injusto encuentre su causa única o concurrente con otras en actuaciones jurídicamente censurables, se impone la reparación in integrum de dicho daño por el agente o agentes de tales actuaciones, sin que ninguno de estos pueda ser recibido a descargarse su responsabilidad en la ilícita conducta concurrente de los otros o en el hecho de haber obrado por cuenta y riesgo de los mismos... En numerosas ocasiones la jurisprudencia ha definido el alcance del concurso activo de las culpas en la causación de los daños irrogados a otro, en el sentido de declarar la responsabilidad in solidum de todos aquellos cuya conducta culposa o negligente haya contribuido a la producción de esos daños, por la cual no pueden ser recibidos a exculparse alegando la conducta igualmente censurable de sus partícipes. Tal doctrina fluye con toda claridad de normas legales, como los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, cuya aplicabilidad depende, entonces, de una simple regla de apreciación de los hechos, a saber: si el daño se hubiere producido sin la conducta culposa a que se pretende atribuir, no hay responsabilidad; pero si esa conducta obra como causa única o concurrente, dicha responsabilidad queda configurada" (casación civil de 13 de diciembre de 1968, aún no publicada).

5. Entonces, cuando la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, legalmente no es posible fraccionar o dividir la responsabilidad, por lo que la víctima, como ya quedó visto, está facultada para demandar a todos los coautores del daño o a uno solo por el valor total de los perjuicios.

Por consiguiente, el sentenciador de segundo grado, al dividir la obligación de reparar los perjuicios, siendo que es solidaria, quebrantó la ley sustancial, lo cual impone casar la sentencia impugnada, a efecto de dictar la de reemplazo.

Sentencia substitutiva

1. Aparecen claramente demostrados los tres elementos integrantes de la responsabilidad civil extracontractual, o sea, la culpa, el daño y la relación de causalidad, pues sin el error de conducta o descuido del Banco al darle el visto bueno a la sedicente carta de crédito, el daño no se hubiera producido, como en el punto lo advierte el fallador *ad quem*. De suerte que se abren paso

las súplicas principales, como quiera que los medios exceptivos alegados no tienen soporte legal.

2. Lo anterior implica la revocatoria del fallo de primer grado y la reproducción de las resoluciones tomadas por el Tribunal en la sentencia y que no fueron objeto de ataque en casación, o sea, la primera, segunda, tercera, la quinta (parcialmente), sexta y séptima.

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 18 de diciembre de 1981, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, actuando como Tribunal de instancia, revoca la de 15 de julio del mismo año, dictada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá y en su lugar,

Resuelve:

1º DECLARAR que el Banco de Occidente comprometió su responsabilidad extracontractual frente al demandante Guillermo Moya Sánchez por los hechos expuestos en la parte motiva.

2º DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por dicha entidad.

3º CONDENAR al demandado Banco de Occidente a pagar la suma de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000.00) a título de perjuicios compensatorios, y el valor de los intereses comerciales que se acrediten por los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, a partir del 31 de mayo de 1977, como perjuicios moratorios.

4º ABSOLVER al demandado Alberto Gutiérrez Salgado de los cargos formulados.

5º LAS COSTAS de las instancias corren de cargo de la parte demandada, Banco de Occidente.

Sin costas en el recurso de casación.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

ERROR DE HECHO

Se refiere a la contemplación objetiva y no jurídica de la prueba. Si el cargo consiste en que el demandado no confesó ser poseedor, pero el Tribunal así lo estimó, el error es de hecho por referirse a la existencia del medio probatorio y no a su valoración.

ACCION REIVINDICATORIA

Elementos de la posesión. Prueba: el derecho probatorio no exige prueba específica de la posesión.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 3 de noviembre de 1982.

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 5 de agosto de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso instaurado por Luz Marina Loaiza Cardona, frente a José Ramón Loaiza Loaiza.

I *El litigio*

1. Mediante escrito de 8 de febrero de 1980, que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, la citada Loaiza Cardona demandó al mentado Loaiza Loaiza a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que pertenece a la demandante el dominio total y absoluto de las plantas primera y segunda, distinguidas éstas en sus puertas de entrada con los números 20-14, la del primer piso, y 20-08 la del segundo, que hacen parte ambas de la edificación de tres pisos ubicada ésta en la calle 14, entre carreras 20 y 21 de esa ciudad de Manizales, comprendido todo el inmueble dentro de los linderos que la demanda consigna;

b) que, como consecuencia de esta declaración, se condene al demandado a restituir a su demandante, dentro de los seis días siguientes a la eje-

cutoria de la sentencia que así lo decida, "el valor íntegro" de las dos plantas o pisos referidos;

c) Que el mismo demandado, como poseedor de mala fe que es, está obligado igualmente a restituir a la demandante, dentro del mismo plazo señalado en el literal anterior, el valor correspondiente de los frutos civiles de las dichas dos plantas, y no solamente los percibidos, sino los que su dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, y

d) Que debe pagar además las costas procesales.

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

a) Por medio de la Escritura Pública número 134 de 15 de febrero de 1971, otorgada en esa fecha en la Notaría Tercera del Círculo de Manizales e inscrita en la Oficina de Registro de allí el 24 siguiente, Luz Marina Loaiza Cardona adquirió por compra que hizo a Margarita Rendón de Duque un lote de terreno situado en la calle 14, entre carreras 20 y 21 de Manizales, compuesto dicho predio por dos porciones unidas entre sí, determinadas por los siguientes linderos especiales:

"*Primera porción:* De una área de 39.72 metros cuadrados distinguida con la ficha catastral número 00375 con una superficie de 32 metros —según esa oficina— alinderada según el título adquisitivo así: Por el frente en 12.20 metros con la vía proyectada que dará acceso a la Avenida Doce de Octubre, o sea la actual calle

14; por un costado en 8.75 metros con el Municipio de Manizales —Departamento de Valoriación— y por el otro costado en 8.30 metros, con Roberto López León.

Segunda porción: Una faja de terreno anexa a la porción anterior, constante de dos metros de frente sobre la calle 14, por 11.00 metros de centro más o menos, la cual hace parte del predio distinguido en el catastro con la finca número 00376, alinderado así: Por el frente, con la calle 14. Por un costado, con el solar o primera porción antes alinderada; por el otro costado con inmueble que se reservará la vendedora Margarita Rendón de Duque; y por el centro con predio de Roberto López”;

b) Dice la demandante que su tradente había adquirido el dominio sobre ese lote, así: la primera parte, por dación en pago que le hizo el citado municipio como consta en la Escritura número 788 de 26 de junio de 1970, pasada en la Notaría Cuarta de ese Círculo e inscrita el 30 siguiente; y la segunda, por permuta celebrada con Susana Ríos Medina, contenida en la Escritura número 20, otorgada en la misma notaría el 13 de enero de 1969 e inscrita el 24 siguiente;

c) Que el Municipio de Manizales había adquirido la porción dada en pago a Rendón de Duque por compra que hizo a Susana Ríos Duque, según la Escritura número 20 antecitada; y que ésta había adquirido la parte por ella enajenada, por adjudicación que, en mayor extensión, se le hizo en la mortuoria de Juan Bautista Ríos, proceso que fue protocolizado en la Notaría Segunda de allí por Escritura número 506 de 16 de abril de 1925, registrada la hijuela correspondiente el 28 de diciembre de 1954;

d) Como la demandante no ha enajenado el dominio por ella adquirido desde febrero de 1971, el registro de su título está vigente, ya que, de otra parte, los títulos anteriores al suyo “se han cancelado sucesivamente conforme al artículo 789 del Código Civil, desde 20 años atrás hasta llegar al último registro”;

e) Sobre el lote que se formó por la integración de las dos porciones atrás referidas la demandante construyó, durante el año de 1971 y el primer semestre de 1972, luego de haber hecho la solicitud de aprobación de los planos, haber obtenido ésta y la licencia de construcción, una edificación de tres plantas, las cuales están distinguidas en sus puertas de entrada, así: “*Primer piso*, calle 14 N° 20-14. *Segundo y tercer pisos*, calle 14 N° 20-08, advirtiendo sí que el

segundo piso tiene un portón interior con la nomenclatura número 20-16”;

f) A mediados del año de 1972, cuando la dicha construcción estuvo en condiciones aptas para ser habitada, la demandante entró a ocupar el tercer piso y a vivir en él junto con su madre, sus hermanos y José Ramón Loaiza Loaiza;

g) Posteriormente la demandante debió ausentarse de esa capital caldense y por razón de su profesión, pues era maestra de escuela, se radicó por un período más o menos largo en Riosucio, Chinchiná y Palestina, habiendo encargado entonces “a su padre José Ramón Loaiza L. para que en su nombre y representación y actuando como mandatario” administrara la edificación, alquilara las plantas primera y segunda de ella;

h) A través del hecho 12 de su demanda, asevera la demandante que ha agotado todos los medios legales para obtener la restitución de la parte del inmueble que retiene el demandado y no ha conseguido realizar su propósito, ya que aquél, sin título alguno que lo acredite como dueño, “viene ejerciendo actos de dominio y de señor en los dos primeros pisos del inmueble”, pues ocupa con su familia una planta y tiene arrendada la otra a Fernando Lamus, percibiendo “la renta mensual sin entregarle suma alguna” a la demandante, e

i) Expresa la demandante, por último, que su demandado está en imposibilidad de ganar el dominio del bien por prescripción, cuyo valor, en la porción que busca reivindicar, vale más de \$ 300.000.00, y que aquél es poseedor de mala fe.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos, afirmó no constarle ninguno de los atinentes a la tradición del lote de terreno, referidos en la demanda, y negó los demás.

Expresó entonces el demandado que toda la construcción referida fue levantada por él, a sus expensas; que él también realizó todas “las labores necesarias para obtener el permiso de construcción”; que no se ha negado a entregar la porción que ocupa de la edificación, pues “ha querido que se le pague su mejora y por eso la retiene, pues no es justo que la entregue sin reembolso alguno”; y que no es poseedor de mala fe, desde luego que fue él “el adquirente del lote y constructor de la edificación, y como tal lo ocupó; otra cosa es que figure la escritura a nombre de la demandante, de modo que su posesión es de buena fe”.

En esa misma oportunidad el demandado propuso, como de mérito, la excepción de prescripción extintiva, apoyándola en la afirmación de que la acción deducida en la demanda ya no podía incoarse, "ya que, por el tiempo transcurrido desde el momento en que entró en posesión del terreno mi mandante (se alude al demandado) y el momento de la notificación, había corrido el término necesario para que ocurriera el fenómeno" prescriptivo.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de 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 5 de febrero de 1981, mediante la cual, al considerar que el demandado no es poseedor de la edificación, cuya restitución pretende la demandante, denegó todas las súplicas deducidas por ésta, absolvió al demandado e impuso a aquélla las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación que contra dicha providencia interpuso la parte desfavorecida con ella el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el que, por su sentencia del 5 de agosto de 1981, previa infirmación del fallo apelado tomó las siguientes decisiones:

a) Declaró el dominio pleno a favor de la demandante de las referidas dos plantas de la edificación levantada en la calle 14, entre carreras 20 y 21 de Manizales;

b) Condenó al demandado, como consecuencia, a restituir a su demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de su sentencia, "el bien que por su ubicación y nomenclatura se describe";

c) Condenó a dicho demandado a pagar a la demandante la suma de \$ 362.400.00, equivalente al valor de los frutos civiles producidos por el inmueble desde el año de 1972 y hasta 1980, inclusive, y a pagarle, *in genere*, los producidos a partir del 1º de enero de 1981 y "hasta el día en que la restitución se efectúe", cuyo monto ordenó liquidar por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

d) Dispuso que no hay lugar a condenación alguna por razón de "deterioros y mejoras operadas en la cosa reivindicada";

e) Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta, y

f) Finalmente, condenó al demandado a pagar las costas causadas en las dos instancias del proceso.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, en el proemio de las motivaciones de su sentencia acomete el Tribunal de Manizales el estudio de la pretensión reivindicatoria, que es la que encuentra principalmente deducida en la demanda inicial.

En esta tarea el *ad quem*, luego de enumerar los elementos que tradicionalmente han sido señalados por la doctrina y la jurisprudencia como esenciales de la acción de dominio, emprende el análisis de las pruebas practicadas al efecto, para concluir, con apoyo en ellas, que en el presente caso tales presupuestos se encuentran suficientemente acreditados; y que como el demandado no justificó los hechos fundamentales de la excepción de prescripción propuesta, corresponde entonces acoger las pretensiones deducidas en la demanda.

2. Concretando sus consideraciones al dominio que la demandante alega tener sobre el terreno donde se levantó la edificación, el sentenciador lo da por demostrado con los siguientes elementos de prueba:

a) La copia de la Escritura Pública número 134 de 15 de febrero de 1971, otorgada en la Notaría Tercera de Manizales, mediante la cual la citada Luz Marina Loaiza compró a Margarita Rondón de Duque el dominio sobre dicho lote, y

b) Las copias de las Escrituras números 788 de 26 de junio de 1970 y 20 de 13 de enero de 1969, otorgadas ambas en la Notaría Cuarta de ese mismo Círculo.

En lo tocante con el dominio de la edificación, cuyas dos primeras plantas constituyen el objeto de la reivindicación, el sentenciador *ad quem*, después de referirse a la inspección judicial y al dictamen de los peritos, elementos con los que se acreditó su existencia en el terreno atrás referido, dice que hay que concluir "forzosamente que el dominio de la susodicha construcción se halla radicado igualmente en cabeza de la demandante, por el modo de la accesión", a más de que, agrega, hay pruebas que demuestran suficientemente que en verdad fue ella quien con dineros de su propiedad levantó toda la edificación.

3. En lo atinente a los presupuestos de la singularización del bien cuya restitución persigue la demandante e identidad de éste con el que es poseído por el demandado, asevera el Tribunal

que ellos no ofrecen duda alguna; que están acreditados plenamente no sólo con la confesión del demandado hecha al contestar la demanda, sino también con la inspección judicial y el dictamen pericial practicados en el proceso.

4. En lo que respecta a la posesión material de las dos plantas de la edificación por parte del demandado, que fue el elemento que el juzgado *a quo* echó de menos y por eso denegó la restitución deprecada, el *ad quem* sí lo da por establecido y para esto se apoya en la confesión que encuentra en la contestación a la demanda, en el interrogatorio absuelto por el demandado dentro del proceso el 7 de mayo de 1980, y en los interrogatorios de las partes rendidos extraprocesalmente el 23 de agosto y el 14 de noviembre de 1978.

Tras recordar que Loaiza Loaiza al contestar la demanda expresó que él fue “el adquirente del lote y constructor de la edificación, y como tal lo ocupó . . .”; y que allí mismo, al proponer la excepción de prescripción la fundamentó “en el tiempo transcurrido desde el momento que entró en posesión del terreno . . .”, dice el Tribunal que no “puede darse una más acusada manifestación de señorío que esta categórica alegación de derechos de adquirente del terreno, unida a la pretensión de haber edificado sobre él un ejercicio de este derecho, y de ocupar la construcción como poseedor de buena fe”.

Recuerda además el sentenciador las manifestaciones del demandado al absolver las preguntas 4ª y 8ª del interrogatorio que se le hizo en el proceso, para decir que también con apoyo en esas respuestas se puede concluir que el demandado sostiene “en forma inequívoca su calidad de poseedor”, pues al responder la primera de esas dos interrogaciones, en la cual se le preguntó que dijera si “es el poseedor material actual de las dos primeras plantas, y en caso afirmativo desde cuándo se remonta esa situación”, contestó: “Sí es cierto, desde que terminé la construcción, más o menos en 1971 o 1972”; y porque al contestar la segunda tendiente a que dijera si “usted viene ejerciendo y ejercita actos de dominio sobre las dos primeras plantas de la edificación o actos de dominio y de posesión”, respondió que sí, porque “soy dueño y poseedor de eso”.

Hace notar además el sentenciador *ad quem*, para corroborar así su conclusión en punto de posesión, que en ese mismo interrogatorio el demandado, al responder una de las preguntas que le formuló el juez, tendiente a que explicara de

“qué manera entró en posesión material de los bienes que tiene en su poder”, dijo que “por un pleito con el señor Carlos Hernández, al cual yo le alquilé los bajos y los medios y que el Tribunal o Juzgado Sexto me hizo entrega. Entré en posesión a raíz de hacer la construcción en ese lote”.

De otra parte, añade que si bien en los interrogatorios absueltos extraprocesalmente el demandado aseveró que él reconocía el dominio de la demandante sobre el terreno de la edificación, eso no tiene eficacia alguna “para enervar la presente acción, visto cómo en la contestación de la demanda, asume el señor Ramón Loaiza Loaiza una clara e inequívoca actitud de poseedor, admitiendo así la calificación que le dio su contraparte”.

5. Deducida pues por el Tribunal la concurrencia en el presente caso de los presupuestos esenciales de la pretensión reivindicatoria, avoca el estudio de la excepción de prescripción propuesta.

Al punto observa que el excepcionante no precisó si invocaba la ordinaria o la extraordinaria; pero agrega que si fue la primera, ella “no ampara al demandado, quien no ha acreditado la existencia de título alguno en su favor para poseer el inmueble vindicado . . .”; y que si se trató de la segunda, la extraordinaria, tampoco puede aceptarse puesto que, siguiendo la propia afirmación del demandado, éste solamente entró a poseer con posterioridad al 15 de febrero de 1971, por lo que “hasta el momento de la demanda, presentada el 8 de febrero de 1980, no se da el lapso necesario para usucapir, ni por lo tanto para extinguir la acción de dominio”.

6. En relación con las prestaciones mutuas debidas por las partes como consecuencia de la prosperidad de la reivindicación, el Tribunal las regula sobre la base de considerar al poseedor de mala fe, “sabedor de que ni el terreno ni la construcción en él levantada le pertenecían”.

Dice, en punto a determinar la autoría de la construcción o edificación, que encontrándose ésta dentro del predio de la demandante es ella la dueña de tales mejoras en virtud del modo de la accesión, y que “por ende ha de presumirse, mientras no se presente prueba en contrario, que tal edificación fue construida a sus expensas”; que a más de que el demandado no desvirtuó tal presunción, pues apenas si allegó algunos testimonios, quienes dijeron que fue Loaiza quien contrató los trabajadores que adelantaron la

construcción, siendo él mismo el encargado de pagarles las labores realizadas, "de eso no se colige necesariamente que el demandado sea quien haya pagado de su dinero tanto el valor de los materiales como el de la mano de obra", la demandante sí demostró haber sido ella la edificadora, "o haberse construido la edificación por orden y a expensas de la propietaria del lote".

Para respaldar su aserto en el punto, el Tribunal se refiere en primer lugar a la solicitud de permiso para construir, recibos de pago correspondiente a la aprobación de los planos, solicitud de marcación de paramentos y niveles, documentos en todos los cuales aparece que fue Luz Marina Loaiza, quien gestionó estos actos; y en segundo término, a los testimonios de Ana de Jesús Aguirre, Isabel Peláez y Diego Marulanda Hernández, quienes en sus declaraciones juradas afirman que la referida edificación se construyó toda por orden y con los dineros de la demandante; que ella le daba la plata a Ramón Loaiza, pues "lo autorizó para que consiguiera obreros y dirigiera la construcción".

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la correspondiente demanda y con fundamento en la primera de las causales del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula un solo cargo contra el fallo del Tribunal.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 762, 946 y 964 del Código Civil, como consecuencia de los errores de derecho en que habría incurrido el *ad quem* "al considerar como prueba de confesión la contestación a la demanda y las respuestas dadas por Loaiza L. a las respuestas 4ª y 8ª del interrogatorio absuelto dentro del proceso". Como violación medio el censor señala la de los artículos 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil.

2. En desenvolvimiento del cargo el casacionista asevera, después de compendiar la respuesta que el demandado dio a los hechos de la demanda, que en tal contestación "no se aceptó propiamente posesión del inmueble", pues que expresó no constarle ninguno de los referentes a los títulos de adquisición del dominio por parte de la demandante; y que al afirmar él, en su

respuesta al hecho 12, que no ha entregado el inmueble "porque ha querido que se le pague su mejora y por esto lo retiene", hizo solamente una manifestación "inequívoca de un simple ánimo de tenencia temporal, si caben los términos, entre tanto se reconozca un crédito, que entre otras cosas, aparece debidamente fundamentado, aunque ello no interese por ahora, en razón de que podrá ser materia de debate en otro diferente".

Añade que al proponer la excepción de prescripción "no se habló de la adquisitiva sino de la extintiva, lo que implica que se esbozó como un simple medio de defensa"; y que si en su contestación a la demanda el demandado aceptó ser poseedor, "sus afirmaciones reiteradas de su calidad de mejorante y pretensión del reconocimiento de tales mejoras, hacen ver que su posición no es la de poseedor de ellas con ánimo de señor y dueño, sino de quien reconoce que son ajenas, pero que simplemente quiere y espera la compensación de su obra".

3. Refiriéndose a las respuestas que el demandado dio a las preguntas 4ª y 8ª del interrogatorio que se le formuló dentro de este proceso, las cuales toma el Tribunal para dar a aquél la categoría de poseedor material de la edificación, expresa la censura que esta inferencia del Tribunal es equivocada porque ninguna de ellas implica confesión, que el fallador de segundo grado, alterando el contenido de tales respuestas, dejó de ver que "ellas tendieron siempre al simple reconocimiento de las mejoras, las cuales tenía como dueño, pero por la pretensión de su pago, de las compensaciones de que antes se habló, por esto se habló de retención en más de una parte. Conducta esta contraria a un concreto ánimo de señorío, de un ánimo de adquisición definitiva, si puede decirse".

Agrega el casacionista, después de transcribir alguna doctrina de la Corte referente a los elementos integrantes de la posesión, que en el presente caso no es sólo el demandado "quien pretende o alega mera tenencia, sino que la misma parte demandante le endilga tal calidad, como se desprende del hecho 11, donde se dice que José Ramón Morales (sic) recibió el inmueble para arrendarlo a nombre de su hija; ratificado ello en el hecho 12, cuando se dice que el señor Morales 'retiene' parte del inmueble, a pesar de haberse agotado por Luz Marina Loaiza todos los medios legales para obtener la correspondiente restitución, sin éxito alguno".

4. Concretando el "error de derecho" que en la apreciación de la prueba le enrostra al Tribu-

nal, afirma el casacionista que tal yerro consistió en haber considerado que "Loaiza L. había confesado ser poseedor", "confesión que —añade— no existe realmente, pues no aparecen en las pruebas citadas hechos que puedan producir consecuencias adversas al demandado".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Como lo ha dicho exhaustivamente 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.

Fundado como viene el cargo en la afirmación cardinal consistente en que el demandado no confesó ser poseedor del inmueble; en que el Tribunal estimó en su sentencia que "Loaiza había confesado ser poseedor"; en que la confesión que tomó el sentenciador como apoyo de su conclusión "no existe realmente", ese presunto yerro, por referirse a la contemplación objetiva y no a la jurídica de la prueba; por hacer relación a la existencia del medio y no a la valoración de él, en caso de existir sería de hecho y no de derecho.

La errada nominación del yerro denunciado no es sin embargo óbice insalvable para que la Corte, con criterio de amplitud, entre al estudio del cargo en el fondo.

2ª En verdad que, como al unísono lo han proclamado jurisprudencia y doctrina, para que pueda darse por establecida procesalmente la posesión deben quedar justificados los dos elementos esenciales de ella: el corpus, o sea su presupuesto material u objetivo; y el animus, que es su elemento intencional o subjetivo.

En la prueba de la posesión su elemento intencional (animus rem sibi habendi), justamente por ser subjetivo se presume; es decir, que demostrados los actos materiales constitutivos de la posesión, para que quien los ejecute no sea considerado poseedor es necesario acreditar que tales actos no han sido realizados con la intención de someter la cosa al ejercicio del respectivo derecho real, que es, en este caso, el derecho de propiedad plena o exclusiva sobre la cosa.

Para demostrar judicialmente que entre una persona determinada y cierto bien se ha establecido una relación de hecho, por virtud de la cual aquélla ha ejercido sobre éste actos materiales de uso, conservación y transformación, sometiendo al ejercicio del derecho real de propiedad, que es al que ordinaria y normalmente corresponden dichos actos, el derecho probatorio no exige prueba específica; y si bien los medios más adecuados para demostrar la posesión son el testimonio y la inspección judicial, no por eso puede decirse que éstos sean los únicos, o que la confesión del demandado sea medio probativo inidóneo o ineficaz.

3ª En el caso de este proceso el demandado en reivindicación, al contestar la demanda, expresó que toda la edificación, de la cual hacen parte los dos pisos, cuya restitución busca la demandante, "fue levantada por él, a sus expensas"; que él también realizó todas "las labores necesarias para obtener el permiso de construcción"; y que no es poseedor de mala fe de tales construcciones, como se le dice por la demandante, desde luego que fue "el adquirente del lote y constructor de la edificación, y como tal lo ocupó, ... que su posesión es de buena fe". Con apoyo en esa creencia suya de tener la edificación sin reconocer dominio ajeno, el demandado propuso la excepción de prescripción extintiva, pues estimó, y así lo dijo, "que el tiempo transcurrido desde el momento en que entró en posesión del terreno y el momento de la notificación" había superado el término para la extinción del derecho de la demandante a reclamar las construcciones.

Y en el interrogatorio de parte por él absuelto el 7 de mayo de 1980, cuando el proceso estaba en su primera instancia, ese mismo demandado dijo, al responder la pregunta cuarta que sí es "el poseedor material actual de las dos primeras plantas, ... desde que terminé la construcción, más o menos en 1971 o 1972"; y agregó, al dar contestación a la pregunta 8ª, en la cual se le interrogó "si viene ejercitando y ejercita actos de dominio sobre las dos primeras plantas de la edificación, o actos de dominio y de posesión", que sí, porque "soy dueño y poseedor de eso".

Encontró el sentenciador *ad quem* en todas esas manifestaciones del demandado la prueba de la posesión que éste tiene sobre los bienes objeto de este proceso; y en verdad que tal juicio probatorio no es desacertado, pues a más de que el elemento intencional de la posesión que se presume de la existencia del factor material.

que en este caso no se discute, no se halla infirmado por prueba alguna, todas esas manifestaciones del propio demandado son corroborativas de su existencia.

Con tanto mayor razón si se considera, como tiene que considerarse, que las respuestas que el demandado dio al interrogatorio que se le formuló en el proceso deben estudiarse y analizarse en su conjunto y no aislada o fraccionadamente, pues sólo así es posible conocer el verdadero alcance que el absolvente dio a sus respuestas. Y en el resto de las contestaciones, que si bien el sentenciador no consideró expresamente sí lo hizo en forma implícita, dijo el interrogado que sí posee materialmente “el primero y el segundo piso”; que sí es cierto que él, en su nombre y sin participar a nadie de los cánones, “puesto que esa construcción la hice con mis esfuerzos y me corresponde a mí”, viene dando en arrendamiento la primera planta; que él levantó con sus dineros la construcción, y tiene pruebas para demostrarlo, tales como “documentos, declaraciones del constructor . . . ; declaración del que hizo la ventanería, portones, marquesinas, . . . del que pegó las ventanas, los pisos . . .”; y que ha denunciado esa construcción en sus declaraciones de renta como de su propiedad.

Analizadas pues en conjunto todas estas manifestaciones hechas por el demandado al absolvente en el proceso el interrogatorio que se le formuló, no puede menos que decirse que sí ha detentado y ocupado la construcción en sus dos primeras plantas, con ánimo de señor y dueño y con la inequívoca intención de someterla al ejercicio del derecho de propiedad; o sea, que sí es poseedor de ellas.

4ª Pero a más de lo anterior, obran también en el proceso el interrogatorio que extraprocesalmente absolvió el 23 de agosto de 1978 el mismo Loaiza Loaiza, y el que a instancia suya contestó la demandada el 14 de noviembre de ese mismo año, los cuales también tomó el Tribunal en apoyo de su decisión, sin que el recurrente en casación impugne la apreciación de este específico medio de prueba.

En el primero de dichos dos interrogatorios el absolvente expresó que Luz Marina no lo autorizó para arrendar las habitaciones, sencillamente “porque nunca ha sido de ella eso. Siempre he alquilado porque me siento propietario de esas mejoras”; que “esos arriendos los he recibido y he alquilado por mi propia cuenta porque tengo papeles con qué probar que yo hice eso con mi esfuerzo personal”; y que de esos frutos pro-

ducidos por las habitaciones alquiladas por él no le debe nada a su hoy demandante, “ni un centavo, puesto que eso es mío y ha sido mío y yo no he hecho negocios con nadie”.

Ante expresiones de dominio tan coruscantes y categóricas como las que desde entonces ya hacía el aquí demandado, ¿cómo puede decirse, como lo hace la censura, que detenta los bienes, pero sin ánimo de dueño, o que los tiene sí pero reconociendo el dominio de otra persona? Eso no es posible sin alterar el contenido objetivo de tantas manifestaciones, en todas las cuales el propio interesado inequívoca y mayestáticamente afirma que se ha considerado dueño exclusivo de ese bien y que en tal calidad lo viene ocupando desde mediados del año de 1971.

Y si los postulados o afirmaciones que hace el interrogante para provocar la confesión del interrogado, son verdaderas confesiones de aquél, la legalidad de la conclusión del Tribunal en punto de posesión cobra aún mayor fuerza, puesto que en el interrogatorio que extraprocesalmente le pidió el demandado a su demandante, le hizo preguntas de este contenido: “¿Diga cómo es cierto, sí o no que el piso medio y los bajos, los alquiló su señor padre, señor Ramón Loaiza, a diferentes personas, desde el tiempo que terminó la construcción del edificio que él levantó?”; “¿Diga usted, cómo es cierto, sí o no, que el edificio que aquí se ha mencionado fue construido en su totalidad por su señor padre, señor Ramón Loaiza, por cuenta de él y con dineros de él?”; “¿Diga cómo es cierto, sí o no, que el edificio aquí mencionado y que fue construido todo por cuenta del señor Ramón Loaiza se levantó en un terreno o lote que el señor Loaiza le regaló a usted?”; “¿Diga cómo es cierto . . . que Loaiza le ha enviado razones . . . en el sentido de que quería definir formalmente el asunto de la copropiedad que tienen . . .?”; “¿Diga cómo es cierto . . . que de la propiedad antes alinderada usted sólo tiene el terreno y que la construcción es de su padre el señor Ramón Loaiza?”.

5ª Cabría agregar finalmente, para dar base de mayor solidez al rechazo del cargo, que la alegación de mejorista que el demandante hace a última hora no excluye su condición de poseedor material de la cosa, desde luego que ésta no es incompatible con aquélla.

Si se leen los artículos 965, 966 y 967 del Código Civil, que son parte integrante de la regulación de las prestaciones mutuas en la reivindicación, tiene que decirse que en los procesos de esta naturaleza la alegación y reconocimiento de

mejoras a favor del poseedor vencido no son aspectos extraños a esas controversias, sino que, contrariamente, son esenciales en ellas. Nada impide pues que al demandado que alega haber hecho mejoras en el predio que ocupa se lo pueda calificar de poseedor material de éste.

6ª Obvia consecuencia de las precedentes consideraciones es, entonces, la de que el Tribunal de Manizales, al ponderar la contestación que a la demanda inicial dio el demandado y el interrogatorio por éste absuelto en el proceso, no incurrió en yerro alguno de apreciación probatoria; por ende, el cargo que se considera tiene que rechazarse por ser infundado.

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 cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO

Cumplimiento imperfecto del transportador. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Contrato de reserva o "Booking". Inaplicabilidad de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Bogotá, 18 de noviembre de 1982.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por las demandantes contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 30 de marzo de 1981, en el proceso ordinario de Inversiones Pirineos Limitada y Exportadora del Pacífico S. A., contra la Flota Mercante Grancolombiana.

Antecedentes

1. En demanda del 7 de junio de 1976, que correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, Inversiones Pirineos Limitada y Exportadora del Pacífico S. A., trajeron a juicio por vía ordinaria a la Flota Grancolombiana S. A. y enumeraron, como soporte básico de sus pretensiones, los hechos que, en lo posible pueden resumirse así:

1º Entre la Flota Grancolombiana como transportadora, Inversiones Pirineos Limitada como remitente y Exportadora del Pacífico S. A. como destinataria, se celebró el contrato de transporte marítimo de que da cuenta el conocimiento de embarque número 1, suscrito a la orden del Banco Cafetero y otorgado en Buenaventura el 28 de febrero de 1975, mediante el cual la Flota se obligó a conducir en el barco "Ciudad de Cuenca", entre los puertos de Buenaventura y Balboa (República de Panamá), 9.050 cartones de 25 kilos de panela cada uno y 14.277 cartones de 20 kilos de panela cada uno, para un total de 23.327 cartones, en las ya señaladas cantidades parciales de 25 y 20 kilos, respectivamente.

2º Afirma la Flota en carta del 16 de enero de 1976, con la cual dio respuesta a la reclamación formal que las demandantes sustentaron an-

te dicha entidad en carta del 10 de noviembre de 1975, que el barco "Ciudad de Cuenca" zarpó de Buenaventura en desarrollo del viaje 192-N y con destino a Balboa, el 5 de marzo de 1975 a las 12:15 del día, habiendo arribado a Balboa el día siguiente a las 8 de la mañana, e iniciado en la misma fecha el descargue, manifestando la Flota que "la navegación tuvo la duración normal de 18 horas", "se realizó normalmente" y "no existe ningún indicio de daño durante la navegación".

3º La Flota, en la citada carta y con el propósito de efectuar "un recorrido sobre lo que ocurrió y un análisis de las circunstancias principales", afirma que "en el mismo buque se transportó otro lote mayor de panela, embarcado por don José María Cabal Rivera", habiendo dispuesto "que la panela del doctor Cabal se estibara a bordo en el fondo de las bodegas 2, 3 y 4 y la de Inversiones Pirineos Limitada en el entrepuente de las bodegas 2 y 3. Es decir, la panela del señor Cabal Rivera se estibó en el primer piso y la de Inversiones Pirineos en el segundo piso" (subrayan las demandantes).

4º La referida carta menciona que "el buque llegó a Balboa e inició el descargue", "el buque abrió sus escotillas y los estibadores encontraron que la panela del señor Cabal Rivera estaba en el fondo de las bodegas 2, 3 y 4, como se dijo atrás en el primer piso; y que la panela de Inversiones Pirineos en el segundo piso, esto es, en el entrepuente de las bodegas 3 y 2" (subrayan las demandantes).

5º La misma carta de la Flota refiere que "las circunstancias que prevalecieron en el desembarque, y las condiciones reinantes en Balboa, lo mismo que la permanencia de la panela de Inversiones Pirineos, están bien descritas y comentadas por el Gerente General de la División

de Terminales de la Compañía del Canal de Panamá, señor James T. Byrd, en comunicación dirigida en diciembre 11 de 1975 al señor E. M. Wachtel, Gerente de Wilford y Mc Kay Inc., *Agente de Operaciones de Gran Colombia en el canal*. Dice el señor Byrd que los muelles de Balboa estaban entonces (6 a 18 de marzo de 1975) tan congestionados que la División de Terminales no podía autorizar la iniciación del descargue, *a menos que se dispusiera de suficientes camiones suministrados por los consignatarios* de la panela que recibiera en la carga. *Esta exigencia fue cumplida por Azucarera Nacional S. A., consignataria del embarque del señor Cabal Rivera, pero no lo fue por esa consignataria de Inversiones Pirineos Limitada* (vuelven a subrayar los demandantes).

6º Como lo afirma la Flota en los apartes transcritos, el descargue de la panela se hizo *directamente de los buques a los camiones suministrados por Azucarera Nacional S. A., consignataria del embarque de Cabal Rivera y nunca a camiones que recibieran a nombre de Exportadora del Pacífico, consignataria del embarque de Inversiones Pirineos*. Así las cosas, si se recuerda que la panela que se había embarcado a nombre de inversiones Pirineos, iba, para seguir las palabras de la Flota transportadora, *en el segundo piso* (o entrepuente de las bodegas 2 y 3), al paso que la que se había embarcado a nombre de Cabal se estibó *en el primer piso* (o fondo de las bodegas 2, 3 y 4), y siendo ilógico, *si no imposible, descargar la segunda, colocada abajo, sin hacer lo propio con la primera, colocada encima*, resulta que la Flota entregó a la destinataria de Cabal Rivera la panela que Inversiones Pirineos había recibido a Exportadora Pacífico, afirmación que incuestionablemente se corrobora al saber de qué parte del buque se sacó *el saldo de la panela que posteriormente*, en el puerto panameño de Cristóbal, pretendió la Flota que era la que correspondía a Exportadora Pacífico, como adelante se dirá.

7º La panela embarcada a nombre de Cabal se encontraba en pésimas condiciones y por ello, después de terminar de descargar *la de buena calidad* embarcada a nombre de Inversiones Pirineos Limitada que permitió un conteo normal de cajas, se continuó con parte de la que se encontraba en el fondo de las bodegas más bajas y que, dado el grado de su deterioro, hizo imposible continuar con el conteo, obligando simplemente a entregar por peso. Tal es lo que se desprende de la carta del 11 de diciembre de 1975, dirigida por el Gerente General de la División de Terminales

de la Compañía del Canal de Panamá al Agente Naviero de la Flota en la zona del Canal, en los apartes que la Flota transcribe en su carta del 16 de enero de 1976. En efecto, dice el Gerente de los Terminales que “a medida que las operaciones progresaban, o sea cuando se comenzaba a descargar la panela de mala calidad de Cabal, llegó a ser aparente que los camiones no podían mantener el mismo ritmo de descargue y, debido a la deficiencia de las marcas y el deterioro, la panela podía *únicamente ser entregada por peso* y no mediante conteo de los paquetes, así como que debido a que los camioneros no estuvieron en capacidad de suministrar el transporte requerido, la contestación en Balboa llegó a ser inmanejable hasta el punto de que no se pudo contemplar descargue adicional. *El segundo consignatario, Exportadora Pacífico, no retiró carga alguna y, después de descargar desde el 6 de marzo de 1975 hasta el 18 de marzo de 1975, el buque se movió a Cristóbal a descargar el saldo de este lote de panela; la congestión en Balboa hacía imposible cualquier recibo adicional de azúcar*” (subrayan las demandantes).

8º Las mismas circunstancias, o sea el mal estado de la panela embarcada a nombre de Cabal, explican la certificación de los agentes y representantes de la Flota en Panamá, o sea de la firma Wilford & Mc Kay, sociedad que, fuera de reiterar una vez más que el cargamento a que se refiere el conocimiento mencionado en el hecho primero “fue traído a Balboa en el entrepuente de la bodega número 2 del vapor “Ciudad de Cuenca”, certifica que “en relación con el certificado de descargue y/o certificado de entrega al consignatario, que normalmente expide el Panamá Canal, hemos sido informados que no fueron dados en este caso, y se debe a la mala condición en que se encontraba, lo cual no permitió tarja exacta al recibo del buque y al entregar a los consignatarios”, así como que “se logró descargar *aproximadamente 13.327 cartones* en el puerto de Balboa y *aproximadamente 10.000 cartones* en el puerto de Cristóbal” (subrayan las demandantes).

9º Después de entregar en Balboa al destinatario de Cabal Rivera la panela embarcada a nombre de Inversiones Pirineos y de abandonar allí parte de la mala calidad de dicho señor Cabal con la pretensión de que fuera recibida por Exportadora Pacífico, el buque “Ciudad de Cuenca” continuó su viaje hasta el puerto de Cristóbal, en donde descargó el resto de la panela que, según la Flota, correspondía a la embarcada a nombre de Inversiones Pirineos. Es de

anotar, sin embargo, como detalle de especial significación y respecto de este último descargue, que, en carta del 29 de diciembre de 1975, dirigida a Exportadora del Pacífico S. A. por el señor James T. Byrd, quien como ya se dijo es el Gerente General de la División de Terminales de la Compañía del Canal de Panamá, éste fue enfático en afirmar que “nuestros archivos indican que el embarque fue descargado de las *bodegas más bajas compuertas dos y tres*”, *sitio en que precisamente había sido estibada por la Flota la panela embarcada a nombre del señor Cabal, como lo afirma y reitera la demandada en su carta del 16 de enero en cuestión* (subrayan las demandantes).

10. Exportadora Pacífico S. A., destinataria de la panela embarcada a nombre de Inversiones Pirineos, se abstuvo inicialmente de ejercer su derecho de retirar la panela tan pronto como fue descargada en los puertos panameños de Balboa y Cristóbal y, una vez que por Almadelco se hubo cubierto el valor de los fletes, debido de una parte a que sus características y calidad no correspondían a la de aquella que le había sido remitida por Inversiones Pirineos, y, de la otra, a que al leer el original del conocimiento de embarque, supo o conoció que la Flota le había introducido una nota que afectaba su negociabilidad como documento representativo de las mercaderías y a las cuales se hará referencia más adelante, procedió a reclamar sobre el particular. A este respecto, según informó Almadelco a los demandantes, el original del conocimiento de embarque y los demás documentos pertinentes sólo le fueron entregados por la Flota en Bogotá después del 21 de marzo, habiendo procedido Almadelco, como cargadores que fueron de las mercancías, a remitir dicho conocimiento y documentos al Banco Cafetero en Panamá, por ser esta la entidad a cuya orden se había expedido el título valor mencionado y por tener retención sobre el cargamento. Ello obviamente explica, bajo un primer aspecto, que sólo después de que se había terminado el descargue en los puertos de Balboa y Cristóbal tuvo Exportadora Pacífico la oportunidad de ejercer su derecho de solicitar la entrega de la mercancía y, bajo un segundo aspecto, que únicamente con posterioridad a la finalización de tal descargue, Exportadora Pacífico y el Banco Cafetero de Panamá conocieron las notas insertas por la Flota en el conocimiento de embarque y que, por tanto, resulta infundada la posición asumida por la Flota en la carta del 16 de enero de 1976, al afirmar que “estas expresas e importantes menciones hechas por el transpor-

tador en la carta de porte, nunca entonces fueron objeto de reclamo, ni de protesta, ni de rechazo por parte del dueño de la carga, ni del tenedor del conocimiento de embarque, ni del despachador ni del embarcador”, lo que le lleva a “concluir que ese era el verdadero estado de la carga y de su empaque”.

En otras palabras: si la mercancía fue embarcada por Almadelco y, de consiguiente, Inversiones Pirineos nada tuvo que ver en tal operación ni en el manejo de los documentos que ella genera; y si, además, sólo después de efectuado el descargue en los dos puertos panameños mencionados, conocieron el Banco Cafetero y Exportadora Pacífico el original de los conocimientos de embarque, mal puede imputárseles antes de tal momento no hubieran formulado reserva alguna a las infundadas notas que a sus espaldas insertó la demandada en el cuerpo de tal título valor.

11. La desastrosa calidad de la panela que se había embarcado a nombre de Cabal y que se pretendía entregar a Exportadora Pacífico S. A. bajo el conocimiento de embarque mencionado, llevó a esta sociedad a rechazar la mercancía y a poner tal hecho en conocimiento de Inversiones Pirineos, compañía remitente que había recibido de la misma Flota las comunicaciones telegráficas que adelante se describen y que la colocaron en la situación, como única alternativa posible y contando con la colaboración de Exportadora Pacífico S. A. de obedecer las órdenes de las autoridades de la Zona del Canal y de seguir las instrucciones de la Flota en el sentido de retirar lo que quedaba de la panela, operación que se hizo como más adelante se explica.

12. El cargamento que se había embarcado a nombre de Cabal y que la Flota pretendía identificar con el embarcado “a nombre de Inversiones Pirineos”, se deterioraba cada vez más en el muelle panameño de Cristóbal, hasta el punto de que el Departamento de Salubridad de la Zona del Canal dio órdenes de condenarlo y de deshacerse de él, como lo acreditan el certificado de Wilford y Mc Kay Inc. a que ya se hizo referencia (representantes como ya se dijo de la Flota en la Zona del Canal) y los telegramas de que trata el hecho anterior, con los cuales la Flota urgió y presionó a los demandantes una y otra vez para que retiraran un producto cuya calidad estaba muy lejos de corresponder a aquel que la remitente había entregado para su transporte, circunstancias éstas que obligaron al Banco Cafetero, Sucursal de Panamá, como consignatario

de la mercancía, y a Inversiones Pirineos y Exportadora Pacífico como remitente y destinataria, respectivamente, a solicitar a las firmas Transit S. A. y Aeroventas Internacionales domiciliadas en la Zona Libre de Colón, el servicio de almacenaje de la panela.

13. El transporte en cuestión hasta las bodegas de Transit S. A. y Aeroventas Internacionales S. A., se hizo utilizando los servicios de la empresa denominada "Terminales Panamá S. A.", "en furgones debidamente sellados y custodiados por inspectores aduanales", según lo certifican las firmas almacenadoras en documento que se acompaña a la demanda, y descartando así, dicho sea de paso, cualquier suplantación del producto entre los muelles de Cristóbal y Balboa y la Zona Libre de Colón, lugar este donde se encuentran ubicadas las bodegas de las mencionadas compañías almacenadoras y en las cuales se efectuó la inspección del cargamento por parte de las Agencias del Lloyd's en Panamá, operación que se hizo a fin de evitar mayores perjuicios y no sin que antes Exportadora Pacífico notificara a la Flota, en forma clara y precisa y en carta del 17 de abril de 1975, la situación que afrontaba, *reservándose expresamente el derecho de reclamar los perjuicios que se le estaban irrogando* (subrayan las demandantes).

14. Es de observar que, según los certificados de entrega de carga por parte de Terminales Panamá S. A. a las almacenadoras Transit S. A. y Aeroventas Internacionales S. A., fueron entregados 16.550 y 9.387 cartones de panela respectivamente, esto es, *2.610 cartones más*, en relación con los que habían sido embarcados a nombre de Inversiones Pirineos y que, según el conocimiento de embarque citado en el hecho primero, sólo ascendían a 23.327, nueva circunstancia que demuestra la falta de identidad entre lo que había recibido la Flota y lo que insistía en entregar.

15. El cargamento en cuestión fue inspeccionado por el Lloyd's, máxima autoridad internacional en estas cuestiones, examen que efectuó el 12 de junio de 1975 en las bodegas de Transit S. A. y de Aeroventas S. A., habiendo expedido al efecto el respectivo certificado del cual se desprende lo siguiente:

a) La existencia de una panela de origen colombiano, representada en 25.937 cartones de peso neto de 25 kilos;

b) La confrontación del conocimiento de embarque de las demandantes, que hace referencia

a 9.050 cartones de 25 kilos y a 14.277 cartones de 20 kilos con la panela que era objeto de inspección, para concluir que los cartones existentes en las bodegas indicadas *no corresponden a la mercancía descrita en dicho conocimiento de embarque*, esto es al embarcarse las mercancías a nombre de Inversiones Pirineos, cuestión obvia por las siguientes razones:

a) *La panela inspeccionada estaba en cartones todos de peso neto de 25 kilos y según se vio, Inversiones Pirineos había entregado a la Flota 14.277 cartones de 20 kilos, y*

b) *La misma panela estaba empacada en 25.937 cartones de 25 kilos, siendo así que Inversiones Pirineos sólo había entregado a la Flota un total de 23.327 cartones, distribuidos en 9.050 kilos y 14.277 de 20 kilos;*

c) La expresa constancia de que los cartones y panela recibidos estaban en malas condiciones y en imposibilidad de ser adecuadamente manejados posteriormente (subrayan las demandantes).

16. Como se dijo, al ser recibido en la oficina del Banco Cafetero de Panamá el original del conocimiento de embarque, este Banco como consignatario, Inversiones Pirineos como remitente, y Exportadora Pacífico como destinataria, se enteraron de que la Flota había introducido un par de notas con las cuales pretendía modificar su responsabilidad y, de paso, arruinaba en la práctica la utilidad del conocimiento de embarque como título-valor que representaba las mercancías, notas que según informó Almadelco a las demandantes, tampoco fueron conocidas por Almadelco en ejercicio de sus funciones de cargadores, y que, según ellos, nunca firmaron el segundo ejemplar del segundo conocimiento de embarque, que al tenor del artículo 1638 del Código de Comercio, ha debido quedar en poder del transportador o de su representante.

17. Las notas en cuestión, cuyo sentido y alcance serán analizados, son del siguiente lacónico tenor: "Nota: Flota Mercante Grancolombiana no asume responsabilidad alguna por los daños y/o averías al cargamento debido al deficiente estado de empaque". Y la otra: "Nota: el cargamento empacado en ctns. se recibió roto y húmedo; el cargamento empacado en sacos de yute se recibió húmedo, sin constatar el peso y el estado de su contenido" (subrayan las demandantes).

18. Sea lo primero señalar la manifiesta contradicción que existe en el mismo conocimiento

de embarque, ya que al paso que se declara haber recibido a bordo únicamente cartones de 25 y 20 kilos, la segunda nota transcrita hace referencia a *cargamento empacado en sacos de yute*, empaque éste que, como se verá, nunca se empleó para la panela embarcada a nombre de Pirineos, pero sí para una parte importante del cargamento de panela embarcada a nombre de Cabal.

La primera nota, según la cual la demandada no asume ninguna responsabilidad por los daños y/o averías al cargamento debido al deficiente estado de empaque, no es de recibo si se observaron las siguientes disposiciones legales sobre la materia. En efecto:

a) Principios medulares de todo contrato de transporte, cualquiera que sea el medio utilizado para realizarlo, son los de que el transportador sólo puede exonerarse de su responsabilidad, por su inejecución o por la *ejecución defectuosa de sus obligaciones*, mediante la prueba de la fuerza mayor, así como que las cláusulas del contrato que impliquen exoneración parcial o total, por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, *se tendrán por no escritas o pactadas, al tenor de lo que disponen los artículos 999 y 992 del Código de Comercio*;

b) Las deficiencias del empaque no comprometen la responsabilidad del transportador salvo, de una parte y *según los principios generales del contrato en análisis*, cuando el primero, a sabiendas de las mismas, se haga cargo de transportar las mercancías si la condición de ellas es la que afirma el remitente, o, lo cual es obvio, la que en cualquier momento compruebe (Código de Comercio, artículo 1013, inciso 2º). Y, de la otra y *según los principios específicos del transporte marítimo*, cuando, como se verá más adelante, se pruebe culpa anterior de dicho transportador o se demuestre que el hecho perjudicial le es imputable (Código de Comercio, artículo 1609, ordinal 7º y parágrafo) (subrayan las demandantes).

La segunda nota, según la cual el cargamento empacado en cartones se recibió roto y húmedo, al paso que el cargamento empacado en sacos de yute se recibió húmedo, sin constatar el peso ni el estado de su contenido, no sólo es absolutamente falsa, como adelante se verá, sino que tampoco parece acompañarse con las disposiciones legales en materia de transporte marítimo. En efecto:

a) Almadelco, como cargador, había preparado el conocimiento de embarque que, debidamente

visado por el Cónsul de la República de Panamá en Buenaventura el 5 de marzo de 1976, se acompañó a la demanda. Con él cumplía con el deber que le imponía el artículo 1615 del Código de Comercio de identificar la mercancía con sus correspondientes marcas, señalando el número de cartones y su peso, tanto bruto como neto, así como la calidad normal del producto, ya que, como es sabido, "cuando en la carta de porte no se indique la calidad ni el estado en que se encuentran las cosas se presumirá que han sido entregadas al transportador sanas, en buenas condiciones y de calidad mediana" (Código de Comercio, artículo 1021, inciso 2º).

Y si se recuerda que "ni el transportador, ni su agente marítimo, ni el capitán tendrán obligación de insertar o mencionar en el documento respectivo las declaraciones del remitente relativas a marcas, número, cantidad, peso o estado de la cosa recibida a bordo, cuando por fundados motivos duden de su exactitud y no hayan tenido medios razonables de comprobarlas", caso en el cual se "deberá hacer mención en el documento de tales motivos o de tal imposibilidad" (Código de Comercio, artículo 1617), resulta obvio que si a la Flota no le satisfacía el mencionado conocimiento de embarque, ha debido proceder como se lo indicaba el citado texto de rigurosísimo carácter imperativo, a saber: no hacer mención de la cantidad de los cartones, de su peso y de las marcas que lo identificaban, así como insertar la correspondiente reserva en cuanto al estado de la mercancía, *pero dejando expresa constancia en el documento de los fundados motivos* que había tenido para dudar de la exactitud de lo declarado a nombre del remitente y, además, *de la imposibilidad en que se encontró* de haber dispuesto de medios razonables para comprobar dicha exactitud. Lo que no podía hacer es lo que hizo, o sea recurrir al fácil expediente de anotar, en frases de cajón, que no había constatado el peso ni el estado del contenido, de una parte, y de la otra afirmar que parte del cargamento (el empacado en sacos de yute) se recibió húmedo, cuestión absolutamente falsa respecto de los primeros, como adelante se verá, y simplemente absurda en relación con los segundos, ya que a nombre de Inversiones Pirineos, nunca se embarcó panela en sacos de yute;

b) Pero es más: aún en los casos en que el transportador marítimo pudiera insertar reservas en la carta de porte o conocimiento de embarque, siempre en la forma taxativa señalada por el artículo 1617 del Código de Comercio, es lo cierto que "tales cláusulas o reservas no exo-

nerarán al transportador de responder por el peso, cantidad, número, identidad, *naturaleza, calidad y estado que tenía la cosa al momento de recibirla el transportador o hacerse cargo de ella; ni por las diferencias existentes en relación con tales circunstancias al momento del descargo.* Tampoco exonerarán tales cláusulas al transportador de responder por dichas circunstancias *cuando sean ostensibles, aunque el transportador o sus agentes digan no constarles o no haberlas comprobado*" (Código de Comercio, artículo 1618) (subrayan las demandantes).

19. La panela que luego habría de entregar a la Flota para su transporte, fue adquirida por Inversiones Pirineos a través de Almadelco, entidad esta que en ejercicio de las diferentes actividades que desarrolla (depositaria, agentes de aduana, cargadora, etc.), tuvo siempre el manejo de dicha mercancía, habiéndola remitido a Buenaventura entre el 27 de febrero y el 1º de marzo de 1975, sitio en que fue recibida por la Agencia de Aduanas "Almadelco" y almacenada en las bodegas del terminal marítimo, según se desprende de las certificaciones expedidas por el director de dicha agencia en Buenaventura y por Puertos de Colombia los días 17 de julio de 1975 y 15 de septiembre del mismo año respectivamente.

20. Las mismas certificaciones demuestran que la panela que a nombre de Inversiones Pirineos manejaba la firma Almadelco, se encontraba en perfecto estado en cuanto a su calidad, empaque y demás condiciones sanitarias, cuando fue entregada a la Flota, certificaciones de las cuales se resalta lo siguiente:

1. Almadelco certifica:

a) Que entre el 27 de febrero y el 1º de marzo, de 1975, recibió en Buenaventura y almacenó en las bodegas del terminal marítimo 23.339 cartones de panela;

b) Que de conformidad con las exigencias de Puertos de Colombia, el cargamento fue controlado al momento de hacer la estiba, de una parte, y de la otra los cartones que presentaron averías fueron rezunchados y reempacados en cajas de cartón en forma igual a la original, de manera que no entró a la bodega ningún bulto desbaratado;

c) Que en consecuencia, toda la panela se recibió y entregó a la empresa Puertos de Colombia en cartones, sin que en ningún momento dicha entrega hubiera sido en sacos de yute;

d) Que la panela fue embarcada en el vapor Ciudad de Cuenca de la Flota Mercante Gran-colombiana el 4 de marzo de 1975 y estibada en el entrepuente de la bodega número 2, de acuerdo con instrucciones del propio buque y buscando evitar confusiones con otro lote de panela que en la misma nave se había embarcado;

e) Que todo este cargamento se entregó por Empocol a la Flota en la misma forma como Almadelco lo había entregado a Empocol, pues por el poco tiempo de estadía en bodegas de Empocol no sufrió movimiento adicional que causara avería de consideración;

f) Que todos los cartones que en la operación de embarque se pudieron averiar, fueron reempacados y rezunchados en su totalidad en los cartones que para tal fin se tenían previstos, operación que se realizó por una cuadrilla de obreros en las propias bodegas del buque, atendiendo las exigencias de los navieros;

g) Que al finalizar la entrega por parte de Empocol, se verificó un faltante de 12 cartones de acuerdo con las tarjas, cuestión que se aceptó como pérdida obvia;

h) Que, de acuerdo con las circunstancias en que se entregó la mercancía se procedió a elaborar el conocimiento de embarque (que fue visado por el Cónsul de Panamá en Buenaventura), en el cual se relacionan solamente cartones de 20 y 25 kilos y no sacos de yute, actuaciones que contaron con la plena aceptación de los navieros;

i) Que en el mismo vapor Ciudad de Cuenca Almadelco, en lote de panela que estaba en Puerto desde el mes de diciembre, cuando se trató de cargar por primera vez en otro buque;

j) Que para lograr en el mes de marzo el embarque de panela de Cabal, que como se dijo permanecía en puerto desde diciembre, fue necesario hacer un gran reempaque, pues la humedad y larga estadía en puerto habían producido tal avería en la panela de Cabal que se imposibilitaba su manejo;

k) Que como consecuencia del mal estado de la panela del señor Cabal Rivera, el empaque se hizo parte en cartones y "gran cantidad en sacos de yute, en promedio de dos y medio o tres cartones por saco", forma en que se entregó a la Flota y que hizo necesario elaborar un conocimiento de embarque especial en el cual se destacaron 2.447 sacos de yute con panela de 55.5 kilos cada uno, y

1. Que finalmente los hechos objeto de la certificación demuestran, que la panela embarcada a nombre de Inversiones Pirineos fue empacada en cartones y *no en sacos de yute*, que no presentaba avería de mayor consideración y que ella fue *saneada oportunamente hasta dejarla en condiciones satisfactorias, de acuerdo con las exigencias de los navieros*.

2. La empresa Puertos de Colombia por su parte certifica a través de los respectivos jefes de bodega sobre la llegada de las mercancías en la fecha que allí se menciona, con la sola salvedad de que el vagón número 12637 trajo 1.397 cartones y número 1.407 y con la expresa constancia de que los cartones de Inversiones Pirineos fueron embarcados en el vapor Ciudad de Cuenca *sin averías y en su empaque*, o sea en cajas de cartón.

21. El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, expidió el certificado fitosanitario 099, correspondiente a la inspección verificada al cargamento de panela de propiedad de Inversiones Pirineos Limitada, practicada por el agrónomo Carlos A. Huertas, el 5 de marzo de 1975, fecha en que tal cargamento fue embarcado en el barco Ciudad de Cuenca. Según ese certificado, los 23.376 cartones de panela que correspondían a las marcas Lese, Corriente, Clarita, Trapiche, Candelaria y Padeco, fueron minuciosamente examinados, encontrándose aparentemente libres de enfermedades y plagas dañinas y ajustándose la remesa, además, a las disposiciones fitosanitarias vigentes en el país importador.

22. Debe recabarse cómo Almadelco, entidad que ejerció las funciones de cargadora de la panela, tanto de Inversiones Pirineos como de José María Cabal, declaró en el conocimiento de embarque de la primera únicamente cartones de 25 y 20 kilos, al paso que declaró en el conocimiento de embarque del segundo, o sea el número 2 del 28 de febrero de 1975, aparte de cartones, "2.447 sacos de yute con panela de 55.3 kilos neto cada uno", así como llama la atención el hecho de que las notas puestas sobre el conocimiento de embarque en el que figura como remitente Inversiones Pirineos (que nunca, según se dijo, entregó sacos de yute), *reproducen en forma exacta las insertas en el conocimiento de embarque del señor Cabal* (en cuyo cuerpo sí figuran tales sacos de yute como recibidas a bordo por la sencillísima razón de que fue una de las formas de embalaje empleadas).

23. Las contradicciones entre las notas abusivamente insertadas en los conocimientos de em-

barque de las demandantes y las certificaciones de Almadelco y Empocol ya mencionadas, sólo pueden explicarse bajo la hipótesis de que los representantes de la Flota que las introdujeron no vieron la carga de Inversiones Pirineos o, en una más generosa interpretación y bajo la suposición de haberla visto, que la confundieron con la más abundante del señor Cabal y decidieron, simplistamente, insertar *las mismas reservas en ambas*, echando a perder de paso, como ya se dijo, el conocimiento de embarque de las demandantes. Basta recordar, en efecto, que según dichas certificaciones la panela remitida por Pirineos no sufrió daños de consideración, entre otras cosas por el brevísimo lapso que estuvo en puerto y en razón de que las pocas deficiencias que se presentaron en el empaque fueron oportunamente y completamente subsanadas, en *inmenso contraste* con la remitida por Cabal Rivera, la cual se encontraba en pésimo estado debido a su larga permanencia en puerto, hasta el punto que su deterioro dificultó su manejo e imposibilitó su reempaque en cajas de cartón, haciendo necesario el empleo de sacos de yute, embalaje este que, se repite una vez más, nunca fue utilizado por la panela que remitía Inversiones Pirineos y que estaba destinada a ser recibida por Exportadora Pacífico en el puerto de Balboa, República de Panamá.

24. Tanto la panela embarcada por Almadelco a nombre de Cabal como la embarcada a nombre de Inversiones Pirineos, había sido marcada adecuadamente, siendo de anotar que la Flota no hizo ninguna observación al respecto, por lo cual debe entenderse reproducido aquí lo dicho en el hecho 18. 3.a). Y posiblemente debido al hecho de que de las marcas puestas en la panela embarcada a nombre de Cabal, 3 coincidían con las puestas a las embarcadas a nombre de Inversiones Pirineos (Candelaria, Clarita y Padeco), la Flota tomó la precaución de estibar los dos lotes en sitios totalmente distintos, ya que, según las certificaciones de Almadelco y de Wilford y Mc Kay a que se hizo referencia, así como la afirmación de la Flota en carta del 16 de enero de 1976, "Grancolombiana dispuso que la panela del señor Cabal se *estibara a bordo en el fondo* de las bodegas dos, tres y cuatro, y la de Inversiones Pirineos en el *entrepunte* de las bodegas dos y tres. Es decir, la panela del señor Cabal se *estibó en el primer piso* y la de Inversiones Pirineos *en el segundo piso*. Así las cosas, era muy difícil para los estibadores del terminal en Balboa *descargar y arrumar sin posible confusión*". Evidentemente y según las palabras de

la Flota era muy fácil descargar y arrumar sin posible confusión, pero, no obstante tal confusión ocurrió como ya se dijo. La Flota la admite como posible en su citada carta del 16 de enero de 1976 y trata de eludir la responsabilidad que ello implica con el hábil pero inexacto argumento de echar la culpa del error a empleados del puerto de Balboa. En efecto, dice la Flota en algunos apartes de la citada carta, que: “*No afirmamos que fuera imponible alguna confusión parcial al momento del descargue, habida cuenta que en el mismo buque se transportó otro lote mayor de panela, embarcado por don José María Cabal Rivera*”; que “*decimos que es posible alguna confusión parcial por la igualdad de marcas en parte de la cartonería de los dos lotes de panela*”; que “*si hubo confusión de cartones del lote de sus poderdantes con cartones del lote del señor Cabal, ello se debió posiblemente a la falta de claras y suficientes marcas y la deterioración de la panela*”; que “*si hubo confusión, ésta pudo ser hecha por los estibadores en Balboa, que no son empleados de la Grancolombiana, sino de la Panamá Canal Company. El buque abrió sus escotillas y los estibadores encontraron que la panela del señor Cabal Rivera estaba en el fondo de las bodegas dos, tres y cuatro, o, como se dejó atrás, en el primer piso y que la panela de Inversiones Pirineos estaba en el segundo piso, esto es, en el entrepuente de las bodegas dos y tres. La confusión, si la hubo, no pudo ocurrir sino al descargue o después de éste. El descargue lo realiza gente del terminal y no gente de la Gran-colombiana.*”

25. La culpa de la Flota aparece de bulto en la transcripción efectuada de las frases que le sirvieron de premisa para negar la reclamación de las demandantes. En efecto:

1. Bajo el supuesto de que era *responsabilidad de los estibadores del terminal de Balboa la identificación de la mercancía a fin de evitar entregar una por otra, acepta que con las precauciones que había tomado al estibar la panela en sitios perfectamente distintos “era muy fácil descargar y arrumar sin posible confusión”*.

2. Bajo el mismo supuesto y en forma cándida, afirma que el *buque no hizo nada distinto que abrir sus escotillas dejando que los estibadores encontraran que la panela de Cabal estaba en el primer piso y la de Inversiones Pirineos en el segundo, lo que no obstante sus esfuerzos la lleva a confesar que “la confusión, si la hubo no pudo ocurrir sino al descargue o después de éste”*.

3. Olvidó la Flota, o pretendió olvidar que el artículo 1600 del Código de Comercio establece que “*el transportador estará especialmente obligado a . . . : 2º proceder en el tiempo estipulado o en el usual, de manera apropiada y cuidadosa, al cargue, estiba, conservación, transporte, custodia y descargue de las cosas transportadas*”, así como que “*la responsabilidad del transportador comprenderá, además de sus hechos personales la de sus agentes o dependientes en el ejercicio de sus funciones*” (Código de Comercio, artículo 1605).

4. Las estipulaciones legales citadas casi que sobran, pues, como es claro, a igual conclusión se llegaría al analizar la conducta de las partes en busca de la culpa que fue la causa eficiente del daño. Aún suponiendo que la confusión no pudiera achacarse a ningún representante o agente de la Flota en tierra, resulta obvio que sus agentes o dependientes a bordo no podían limitarse a *abrir sus escotillas y dejar que extraños al contrato buscaran y trataran de encontrar la panela que había sido embarcada a nombre de cada remitente, sino que, habiéndola recibido de éstos, debía identificar y precisar lo correspondiente a cada conocimiento de embarque. Para decirlo en pocas palabras, la Flota cometió una gravísima culpa, ya sea al dirigir y vigilar las labores de descargue o, lo que es peor, si fuere posible, al abstenerse de hacerlo*”.

26. Así, la culpa de la demandada se configuró, al *descargar o dejar descargar* con el conocimiento de embarque de Cabal, la mercancía que a nombre de Inversiones Pirineos había embarcado Almadelco y la que, obviamente fue entregada a la destinataria de dicho señor Cabal, al paso que, con el conocimiento de embarque de Inversiones Pirineos, *descargó o dejó descargar* la que a nombre de Cabal habían embarcado los mismos almacenes de depósito y que posteriormente se pretendió entregar a Exportadora Pacífico S. A., destinataria de Inversiones Pirineos.

Aparte de todo lo anterior debe recordarse que, si como lo afirma la Flota, la panela no sufrió ni podía sufrir avería en un trayecto de 18 horas, no en otra forma se entiende que una mercancía de las sanas características de la embarcada por Almadelco a nombre de Inversiones Pirineos, se tornara en una de pésima calidad como atrás se vio. Ya se dijo que el error persistió al desembarcar nuevamente en el puerto de Cristóbal donde, con base en una extensión del conocimiento de Inversiones Pirineos, se abandonó parte de la panela que se había embarcado

a nombre de Cabal y que resultó exceder en 2.610 cartones a la que, de haberse hecho bien la entrega, hubiera correspondido a Exportadora Pacífico, tal como lo menciona el certificado de Lloyd's y sin que Cabal y su destinataria hubieran reclamado por tal diferencia que le ha debido ser perjudicial, de no haber sido, como es obvio, por el hecho de *haber recibido una panela de magnífica calidad a cambio de la de pésimas condiciones que a su nombre había embarcado Almadelco.*

27. Es de notar, dentro de este orden de ideas, cómo la Flota no sólo confundió los dos lotes de panela *al descargar o dejar descargar*, sino que no realizó la entrega a las autoridades del Canal de Panamá, lo que, según ella correspondía a las demandantes, limitándose simplemente a abandonar dicho cargamento, según se desprende del certificado de sus propios agentes o representantes en el puerto, Wilford & Mc Kay Inc. No hubo entrega desde el punto de vista jurídico, al no haber reclamado en forma por demás irresponsable el certificado que acreditaba haber entregado al puerto de Panamá la mercancía con destino a Exportadora Pacífico S. A., exigiendo como es obvio un recibo similar al que la Flota extendió a Puertos de Colombia al recibo de la mercancía en el puerto de Buenaventura.

28. Las amenazas de la Zona del Canal y las instrucciones de la Flota a que se hizo referencia, en el sentido de que habían ordenado arrojar al mar la panela que la Flota afirmaba ser la destinada a Exportadora Pacífico, así como el obediencia por parte de esta última al artículo 1032 del Código de Comercio, 2º inciso y la seguridad jurídica que remitente y destinataria han tenido siempre de que la obligación de la Flota era de género y no de cuerpo cierto, pues, como es obvio, nada hubiesen reclamado las demandantes si la panela de Cabal hubiera tenido la misma calidad que la de ellos, llevó a éstas a retirar la panela de la Zona del Canal y a reimportarla a Colombia, única alternativa que quedaba a Inversiones Pirineos, si de una parte Exportadora Pacífico había rehusado la mercancía y, de la otra Inversiones Pirineos como exportadora estaba obligada a reintegrar los dólares correspondientes a dicha exportación, reintegro amparado con garantía de Banco Cafetero en cuantía de \$ 1.679.184, todo con miras siempre a tratar de amenguar en la medida de lo posible los inmensos perjuicios que había sufrido y continuaba sufriendo.

Esta última consideración llevó al Gerente de Inversiones Pirineos a plantear la situación verbalmente ante el doctor Carlos Lleras de la Fuente, alto funcionario de la Flota, en los primeros días de julio de 1975, conversaciones que quedaron plasmadas en el proyecto de documento y carta adjuntos a la demanda, relativas a someter las diferencias a un arbitramento, que no llegaron a traducirse en una decisión de fondo en ese momento ya que, según lo informó el doctor Lleras, la Flota prefería no suscribir dicho documento arbitral.

29. El daño emergente cuya indemnización se demanda proviene, pues, de haberse cumplido imperfectamente la obligación y de haberse retardado su cumplimiento para la remitente y destinataria, así como haberse introducido en el conocimiento de embarque notas que no correspondían a la realidad, colocando a las demandantes en la imposibilidad de negociar dicho título-valor y, de consiguiente, las mercancías que él representaba, con la obvia incidencia en los perjuicios por lucro cesante. Tales perjuicios tienen su causa eficiente en la culpa contractual en que incurrieron funcionarios dependientes de la Flota, no sólo en las labores de cargue y descargue de las mercancías, sino como es obvio, en la confusión de las que correspondían a cada documento de embarque.

30. Los perjuicios sufridos por Inversiones Pirineos están representados, por daño emergente, en el equivalente de US\$ 172.985.02, valor de la factura de venta, así como en el equivalente de US\$ 8.649.25, valor de los certificados de Abono Tributario, cuya oportunidad de obtenerlos perdió, lo cual arroja el equivalente de la cantidad de US\$ 181.634.27, de la cual debe deducirse la suma de \$ 444.317.40, que se logró salvar en la venta hecha a Guillermo Corredor Gómez. Por igual concepto (daño emergente) la cantidad de \$ 1.301.891.68, correspondientes a erogaciones directas que ha tenido que hacer como consecuencias del error de conducta en que incurrió la Flota y representados en gastos bancarios, legales, fotocopias, comunicaciones, viajes, representaciones en Panamá, comisiones, y cargues y descargues, empaques, bodegajes, depósitos, derechos del terminal, vigilancia, fletes y otros gastos de reimportación de la panela, etc. Y por lucro cesante y así mismo en los intereses legales comerciales en caso de mora, previstos en los artículos 883 y 884 del Código de Comercio.

31. En cuanto a Exportadora Pacífico S. A. se refiere, los perjuicios pueden discriminarse así:

a) Gastos en que incurrió en razón de almacenaje, transporte, administración, legales, consulares, fotocopias, comunicaciones, representación, comisiones, empaques, cargues y descargues, bodegajes, derechos del terminal, fletes, etc.; como consecuencia directa de la culpa directa imputable a la Flota por el equivalente de US\$ 133.445.50;

b) Ganancia o provecho que dejó de reportar al no poder enajenar la panela a los precios de mercado en ese momento, en el equivalente de US\$ 51.179;

c) Una suma equivalente a un 25% del costo de la mercancía que adquiría, o sea US\$ 172.985.02, a título de lucro cesante, de conformidad con el ordinal 1º del artículo 1031 del Código de Comercio;

d) Intereses legales comerciales en caso de mora sobre el equivalente de la totalidad de las anteriores cantidades, computados en la forma prevista en los artículos 883 y 884 del Código de Comercio (todos los subrayados son de las demandantes).

2. Estructurada así la extensa *causa petendi* de las demandantes, con apoyo en ella solicitaron el pronunciamiento de las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Que se declare que la Flota Mercante Grancolombiana S. A. cumplió imperfectamente la obligación que como transportadora asumió con Inversiones Pirineos Limitada como remitente, y con Exportadora Pacífico S. A. como destinataria, en desarrollo del contrato de transporte marítimo que consta en el conocimiento de embarque número 01, expedido por la primera a que se ha hecho referencia.

Segunda. Que en consecuencia se declare o decrete la resolución del mencionado contrato.

Tercero. Que en consecuencia se declare a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., civilmente responsable de los perjuicios sufridos por Inversiones Pirineos Limitada y Exportadora Pacífico S. A., en razón del cumplimiento imperfecto del referido contrato de transporte.

Cuarta. Que en subsidio de las dos anteriores y como consecuencia de la primera declaración, se declare que la Flota es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por las demandantes, en razón del cumplimiento imperfecto del contrato de transporte a que se refiere el hecho primero de la demanda.

Quinta. Que como consecuencia de las pretensiones o declaración principales, o subsidiarias, se condene a la Flota a indemnizar los perjuicios por daño emergente y lucro cesante sufridos por las demandantes, en la cuantía que se demuestre dentro del proceso, en razón del cumplimiento imperfecto del contrato de transporte, mencionado en el hecho primero de la demanda, y

sexta. Que se condene a la demandada al pago de las costas.

3. Con oposición de la demandada, que negó en lo fundamental los hechos de la demanda y que propuso las excepciones de incumplimiento del contrato de transporte por parte del remitente o embarcador, y ausencia total de incumplimiento y de responsabilidad por parte de la transportadora, se trabó el debate, no sin advertir que la Flota formuló demanda de reconvencción en procura de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Que las demandadas están obligadas a pagar el valor del flete causado a su cargo y no pagado, de conformidad con el convenio entre Inversiones Pirineos Limitada y la Flota Mercante Grancolombiana S. A. del 25 de febrero de 1975, o sea la diferencia entre 900 toneladas y 523.920 kilos (376.080 kls.) en el trayecto Buenaventura-Balboa, a la tarifa de conferencia vigente a la fecha de embarque en condiciones "Liner Terms", en el viaje 102-N del vapor Ciudad de Cuenca, 5 a 6 de marzo de 1975, junto con sus intereses comerciales a partir del zarpe de dicho barco desde el puerto de Buenaventura el 5 de marzo de 1975.

Segunda. Que las contrademandadas están solidariamente obligadas a pagar el valor de la permanencia del vapor Ciudad de Cuenca en el puerto de Balboa en su viaje 192-N, en cuanto ello se debió al retardo de las demandadas en suministrar los medios necesarios para el descargue, exigidos por la entidad portuaria, teniendo en cuenta los pagos que el naviero debe hacer a las autoridades portuarias y al lucro cesante derivado del retraso de su calendario.

Tercera. Que las contrademandadas están obligadas a pagar a la Flota, en forma solidaria, el valor que ésta hubo de pagar por atraque, permanencia y desatraque en el puerto de Cristóbal entre el 19 de marzo y 20 del mismo mes y del año de 1975, a causa de la orden de las autoridades portuarias, para el descargue de las mercancías de las contrademandadas que éstas omitieron retirar oportunamente, así como el lucro

cesante causado a la Flota con el cambio de su rumbo y su retraso en su calendario.

Cuarta. Que las anteriores condenas se concretan en las sumas resultantes de avalúo pericial y se hagan efectivas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo.

Quinta. Que las contrademandadas deben pagar solidariamente las costas del proceso.

4. Para reconvenir así la Flota refirió, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Entre Inversiones Pirineos Limitada como embarcadora y la Flota Mercante Grancolombiana S. A. como transportadora, se celebró un contrato en virtud del cual aquella obtuvo de ésta la reserva de un cupo de 900 toneladas para transporte de panela entre Buenaventura y Balboa, a bordo del vapor Ciudad de Cuenca en su viaje 192-N, que debería entregarse entre el 26 y 27 de febrero, con el compromiso de pagar el llamado flete muerto en caso de no hacerse la entrega total oportuna;

b) En dicho convenio (*booking*) constan las demás condiciones del trato;

c) Como aparece en la orden de embarque de Almadelco, como agente del embarcador, ese era el cupo asignado;

d) El embarcador apenas entregó 523.920 kilos brutos de panela, como consta en el conocimiento de embarque número 01 del 5 de marzo de 1975, con lo cual resulta responsable de un faltante de 376.080 kilos, cuyo flete no ha cubierto;

e) En el conocimiento de embarque constan las tarifas para la liquidación del flete;

f) Por causas todas imputables a embarcador y destinataria de las mercaderías, que a la postre vino a ser Exportadora Pacífico S. A. de Panamá, el vapor Ciudad de Cuenca hubo de permanecer en el puerto de Balboa más tiempo del necesario para el descargue en las condiciones entonces imperantes, en espera de decisiones de aquellos y del cumplimiento de su promesa de suministro de los elementos exigidos por la autoridad portuaria, con gastos cuantiosos y con pérdidas de oportunidades ciertas de utilidad;

g) Debido a esos hechos y a las órdenes impartidas por la autoridad portuaria del Canal, el barco hubo de zarpar de Balboa el 18 de marzo rumbo a Cristóbal, puerto no considerado en su itinerario, a donde llegó el 18, en donde descargó

el saldo de las mercaderías de Inversiones Pirineos y Exportadora Pacífico, para volver a zarpar el 20 de marzo de 1975, retomando su rumbo propio. Este desvío le implicó al naviero el pago de los impuestos de toque, atraque, permanencia y desatraque y le implicó un lucro cesante por el cambio de itinerario y retraso en su programa de viaje, y

h) Las contrademandadas demandaron a la Flota por el cumplimiento imperfecto del mismo contrato de transporte.

5. Inversiones Pirineos y Exportadora Pacífico se opusieron a la demanda de reconvencción y negaron en lo fundamental los hechos en que ella se funda, manifestando que el referido contrato de "booking" fue modificado por las partes, como se desprende tanto del conocimiento de embarque como de la liquidación de fletes hecha por la Flota Mercante Grancolombiana, que consta en ese mismo documento, suma que fue oportunamente pagada por Inversiones Pirineos Limitada a la Flota, a satisfacción de ésta, y sin que mediara reclamo alguno por parte de la misma. La cancelación total de los fletes dio origen a que la Flota Mercante Grancolombiana entregara a los destinatarios el original del conocimiento de embarque correspondiente.

Y en cuanto a la permanencia del barco en los puertos de Panamá, ello se debió a la congestión del puerto de Balboa, causa ajena a las contrademandadas.

6. La primera instancia recorrió en forma abundante las etapas probatoria y de alegaciones, y concluyó con sentencia del 15 de octubre de 1979 que declaró infundadas y no probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada. Así mismo declaró que la Flota Mercante Grancolombiana había cumplido imperfectamente el contrato de transporte marítimo, celebrado con Inversiones Pirineos Limitada a que se ha hecho referencia, y que por tanto es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a Inversiones Pirineos Limitada y derivados de dicho cumplimiento imperfecto, razón por la cual condenó a la Flota a pagar a Inversiones Pirineos Limitada, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo, la suma de \$ 7.104.215.94, por concepto de daño emergente, más los intereses comerciales del 36% anual desde la presentación de la demanda y hasta cuando el pago se verifique, de conformidad con los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, lo mismo que el 75% de las costas del proceso.

Además, negó las pretensiones de la demanda principal, respecto de la sociedad Exportadora del Pacífico S. A. y las de la demanda de reconvencción formulada por la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y condenó a Exportadora Pacífico S. A. a pagar un 25% de las costas por no haber prosperado sus pretensiones.

7. Contra esta sentencia interpusieron apelación tanto demandantes como demandadas, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde rituado cabalmente el recurso, se le puso fin con fallo del 30 de marzo de 1981, que revocó el del inferior y en su lugar resolvió: negar todas las súplicas de la demanda principal; absolver, en consecuencia, a la Flota Mercante Grancolombiana S. A. de los cargos que le fueron formulados en la demanda por los demandantes; condenarlos solidariamente, a pagar a la Flota Mercante Grancolombiana el valor del flete causado a su cargo y no pagado, de conformidad con el convenio entre Inversiones Pirineos Limitada y la Flota del 25 de febrero de 1975, o sea la diferencia entre 900 toneladas y 523.920 kilos, es decir, 376.080 kilos en el trayecto Buenaventura-Balboa, a la tarifa de conferencia vigente a la fecha del embarque en condiciones *Liner Terms*, en el viaje 192-N, del vapor Ciudad de Cuenca, 5 a 6 de marzo de 1975, junto con sus intereses comerciales a partir del zarpe de dicho barco del puerto de Buenaventura el 5 de marzo de 1975, mediante liquidación que se efectuará por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; negar las demás súplicas de la demanda de reconvencción; y condenar a la parte demandante principal al pago de las costas de la primera instancia de la demanda de reconvencción, pero sin costas en la apelación.

Y contra esta sentencia, las demandantes interpusieron el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La sentencia impugnada

1. Después de transcribir las demandas principal y de reconvencción en lo pertinente, se ocupa de estudiar y encontrar reunidos a satisfacción los presupuestos procesales.

2. Agrega que la pretensión principal de las sociedades demandantes consiste en que se determine la responsabilidad de la demandada a causa del cumplimiento imperfecto del contrato de transporte a que se refiere el conocimiento de embarque número 01 del 28 de febrero de 1975 y básicamente que la empresa demandada no entregó el cargamento de las demandantes en los

términos del respectivo conocimiento de embarque por culpa atribuida a funcionarios y dependientes de la Flota Mercante Grancolombiana, lo que trajo como consecuencia que los artículos de las demandantes fueran entregados equivocadamente al destinatario de José María Cabal.

Se detiene en mencionar, en términos generales, las fuentes de las obligaciones y refiere que el conocimiento de embarque en cuestión registra las condiciones generales del contrato de transporte marítimo y constituye título valor representativo de las mercancías transportadas, que le da a su legítimo tenedor el derecho de disponer de las que en él se especifiquen, debiéndose destacar en dicho conocimiento la individualidad de las mercancías, pues lleva ínsita la obligación de entregarlas, concluida la conducción, a quien exhiba tal documento, que a la vez tiene características probatorias.

Se refiere en términos generales al contrato de transporte y a las varias modalidades que él ofrece, y menciona que en el conocimiento de embarque en litigio, la Flota Mercante Grancolombiana anotó que "no asume ninguna responsabilidad por daños y/o averías del cargamento debido al deficiente estado del empaque", pues "el cargamento empaçado en ctns. se recibió roto y húmedo; el cargamento empaçado en sacos de yute se recibió húmedo, sin constatar el peso, ni el estado de su contenido", observaciones consignadas en el original de dicho conocimiento.

Los elementos axiológicos del contrato de transporte en general los deduce del artículo 981 del Código de Comercio y concluye que en el *sub lite* se cumplieron satisfactoriamente, ya que se conocen la persona del remitente o cargador, la del transportador y la del destinatario, a la vez que fue pactado el precio de la conducción de la mercadería.

3. En cuanto a la mercadería objeto del contrato anota que la panela transportada de Buenaventura a Balboa en la cantidad, especificaciones y condiciones que se dejaron consignadas en el conocimiento de embarque respectivo, fue almacenada en el barco en forma cuidadosa y según la costumbre, "por lo que respecto a estos tópicos (sic) del contrato estiba, cargue y arribo a su destino, no se presenta diferendo de gran magnitud entre las partes que exija detenido análisis en acápite separado".

Agrega que es sabido que desde comienzos de diciembre de 1974 Inversiones Pirineos venía adquiriendo la panela que transportaría posterior-

mente a Balboa a bordo del vapor Ciudad de Cuenca y, por lo mismo, "es incuestionable que fue almacenado en las bodegas de Palmira a medida que se obtenía, como lo demuestran elementos de juicio aducidos al proceso, en cuyas condiciones no es tan evidente que esta mercancía viniera a embarcarse el día 4 de marzo bajo la creencia, quizá, de que fuese panela recién comprada o adquirida por el cargador. Lo cierto empero es que toda la que se transportó en dicho buque el 5 de marzo de 1975, por los conocimientos de embarque 1 y 2, expedidos a Inversiones Pirineos Limitada y a José María Cabal, respectivamente, fue comprada durante el lapso indicado de diciembre en adelante, lo que quiere decir, sin equívoco alguno, que la permanencia prolongada de dicha panela en las bodegas de Palmira y Buenaventura, unido al factor climático de las zonas, bien pudo deteriorarse el producto y obviamente propiciarle humedad". De ahí que no sea válida la afirmación de que la panela de Cabal estuvo almacenada durante un tiempo largo y la de Inversiones Pirineos apenas permaneció en bodega desde los últimos días de 1975. Y ello explica, además, que se hubiera tenido que reempacar la panela para su embarque y el motivo para registrar las "notas" en el conocimiento de embarque por parte de la empresa transportadora.

En consecuencia, partiendo del hecho de que el cargamento llegó a Balboa en condiciones regulares y satisfactorias, procede a averiguar si la Flota entregó dicho cargamento conforme al conocimiento de embarque, esto es, al consignatario del remitente en Panamá, o sea al Banco Cafetero, a quien se le dio oportuno aviso de la llegada del barco y el banco le comunicó inmediatamente el arribo a la sociedad destinataria, Exportadora Pacífico S. A., también de Panamá.

Recuenta que el representante legal de Inversiones Pirineos, refiere que la panela la adquirió en el Valle del Cauca en los meses de diciembre de 1974, y enero y febrero de 1975, compra que efectuó al Ingenio Castilla, así: 9.736 cartones de 40 panelas cada uno en diciembre; 9.513 de 40 panelas en enero y febrero; 9.050 de 40 panelas cada uno en enero y febrero, para un total de 28.299 cajas, habiendo vendido en enero 5.000 cajas de 40 panelas cada una y habiendo embarcado, según conocimiento de embarque, 23.299 cartones. Conceptúa el sentenciador que el almacenamiento de la mercadería en la bodega de Almadelco en Palmira se fue efectuando a partir del 3 de diciembre de 1974.

Refiere que de la declaración de Baudelino Aguas Clavijo, director de la Agencia de Aduana de Almadelco en Buenaventura, se desprende que la panela de Inversiones Pirineos fue almacenada en las bodegas 8 y 10 del terminal, debidamente estibada en el entrepuente de la bodega número 2, "de común acuerdo con el oficial del buque con el objeto de que no hubiera confusión alguna con otra panela que se estaba embarcando en el mismo buque". Sostiene el declarante que todos los cartones que durante el manipuleo de embarque sufrieron averías fueron reempacados y rezunchados en su totalidad, lo que se hizo en la propia bodega del buque por exigencia de los navieros y que el conocimiento de embarque original por 23.327 cartones, al igual que la documentación correspondiente, "le fueron entregados al representante del transportador que estaba en puerto y llevados a Bogotá para las diligencias concernientes". Deduce de dicha declaración que la panela de Cabal, cuya exportación también la diligencia Almadelco, empezó a llegar desde diciembre de 1974, la cual, con otra, que fue llegando posteriormente se almacenó en las bodegas 8 y 10 del terminal en donde permaneció hasta marzo de 1975. Por manera que es evidente que una y otra panela fueron almacenadas en las mismas bodegas del terminal marítimo desde su llegada a Buenaventura hasta el día en que fueron embarcadas, reconociendo el testigo que "por la inelemencia del clima y el tiempo de permanencia de la mercancía en bodega esta panela sufrió un deterioro considerable".

Observa que según los reglamentos de Puertos de Colombia la estiba y almacenamiento de la carga la hace esta entidad con su propio personal y por su cuenta y, por ende, bajo su responsabilidad, y por lo que hace al descargue y entrega de la mercancía no se remite a duda que ésta se efectuó cabalmente por parte de la empresa demandada, en un todo de acuerdo con los términos del conocimiento de embarque, pues consta en primer término que al arribo del buque al lugar de destino el agente de la transportadora dio oportuna información al Banco Cafetero de Panamá, y éste a su vez hubo de informarlo a Exportadora Pacífico, avisos oportunos con los cuales "la culminación del contrato de transporte se hubiera cumplido satisfactoria e inmediatamente a su llegada mediante la entrega a sus destinatarios de la mercancía transportada, si no se hubiera presentado por parte de las autoridades portuarias de Panamá la exigencia de que era preciso desembarcarla di-

rectamente a camiones habida cuenta de la inmensa congestión que se registraba, a la sazón, en los muelles”.

Refiere que los destinatarios no cumplieron con las llamadas en el sentido de suministrar los elementos necesarios para el transporte de la carga, la que no estaba en condiciones óptimas que pudieran permitir un prolongado almacenamiento en la nave, en razón de la humedad, el clima ardiente y del regular estado de los empaques.

En cambio, los destinatarios de la mercancía de José María Cabal cumplieron oportuna y satisfactoriamente las exigencias de las autoridades portuarias y proporcionaron los medios que el transporte requería para el fácil y oportuno desembarco, no obstante lo cual el cargamento de Inversiones Pirineos se logró desembarcar en Balboa en cantidad de 13.000 cartones aproximadamente, quedando para desembarcar en Cristóbal 10.000 cartones aproximadamente, o sea el resto para completar el monto del cargamento transportado desde Buenaventura. El mismo comportamiento indiferente de los interesados en esas mercancías, dado que no suministraron los vehículos que requería el terminal para su transporte, pese a que fueron advertidos de la congestión en los muelles y de la imposibilidad de descargar, fue muy ostensible. Y la mercancía llegó a Cristóbal el 18 o 19 de marzo de 1975, pudiéndose corroborar no sólo lo que atañe a la llegada de la panela a dicho puerto, sino también los demás episodios sucesivos que allí ocurrieron, en lo atinente al conocimiento de embarque, al pago de fletes de la mercancía transportada, confusión de esta y entrega del título valor a los destinatarios para fines de reclamar la panela del terminal marítimo en su calidad de tenedores legítimos de dicho instrumento negociable.

De este documento que acredita el contrato de transporte, expedido a favor del banco consignatario, Banco Cafetero de Panamá, dice el Gerente de Inversiones Pirineos que quien lo llevó junto con la documentación pertinente a dicho consignatario fue el doctor Albán Holguín, y niega haberlos tenido en su poder, pero que el Banco Cafetero los puso en conocimiento de Exportadora Pacífico y que estuvieron en manos del Banco, mientras se conseguía comprador de la carga. Y que cuando ello no fue posible se lo endosaron a la empresa transportadora para que pudiera transportar la panela a la zona libre de Panamá. Y advierte el declarante que este cargamento carecía de licencia para ser internado

en el territorio de Panamá, licencia que no podía tener Exportadora Pacífico, sino a través de los ingenios azucareros situados en dicha República. Agrega el interrogado que obtuvo, junto con representantes de Exportadora Pacífico, la colaboración del Banco Cafetero para el transporte de Colón y Balboa hacia la zona libre de Colón, y almacenamiento allí de la panela desembarcada, de donde deduce el sentenciador que dicho representante legal manifiesta claramente que la panela cuestionada fue entregada a su destinatario y luego transportada hasta la zona libre de Colón, para lo cual y para efectos del flete el Banco Cafetero abrió por cuenta de Exportadora Pacífico las cartas de garantía para el pago del mismo.

Este solo testimonio conduce según el Tribunal, a aclarar en favor de la Flota varios de los hechos relacionados con la controversia en sus fases de embarque, conducción y entrega del cargamento al lugar de destino, pues refiere el declarante que conoció el momento en que inició el descargue, la suspensión del mismo por la congestión del puerto de Balboa, la solicitud de suministro de camiones para continuar el desembarque, el propósito que tenía la Flota Mercante Grancolombiana de continuar el viaje a los Estados Unidos de no ser suministrados los camiones para continuar este desembarque, y las gestiones que hizo la Flota para descargar en Cristóbal y el desembarque que allí se efectuó, todo lo cual lo transmitió a Exportadora Pacífico.

Bernardo Roppemberg Pérez, en su calidad de Director Nacional de Aduana de Almadelco, declara que la nave zarpó con destino a Panamá “quedando pendiente la entrega de los conocimientos de embarque a Inversiones Pirineos, por cuanto no habían cancelado a la Flota Mercante Grancolombiana los respectivos fletes”, por manera que estos fueron recibidos de la Flota en Bogotá “una vez cancelados el importe de los mismos fletes cuando ya el vapor-buque Ciudad de Cuenca se encontraba atracado en el Puerto de Balboa y en sobre cerrado con carta dirigida al Banco Cafetero en Panamá le fueron entregados a los directores de Inversiones Pirineos para su traslado a Panamá por conducto de una persona que viajó vía aérea a la Ciudad de Panamá”, declaración que acredita que el pago del flete se hizo tardíamente y explica la razón para que el conocimiento de embarque se hubiera entregado en esa época, e incluso después de empezar el descargue de la panela en Balboa.

Hace una relación de las demás pruebas practicadas, como lo es la inspección judicial con ex-

hibición sobre libros de correspondencia y contabilidad de "Panamá Canal Company, Canal Zone", y de los documentos sobre recepción, manejo y entrega del cargamento que se encontraban en las oficinas y en el archivo de la compañía demandada en Panamá, lo mismo que declaraciones del agente marítimo de la Flota Mercante Grancolombiana, y del supervisor del Departamento de Tráfico de Wilford & Mc Kay, quien expresa que "tan pronto como el barco atraca el capitán del barco entrega a las autoridades del terminal los documentos, entre éstos el plano de estiba para el descargue. Y es esa misma compañía del terminal de la Zona del Canal la única autorizada para el descargue, según las leyes de la Zona del Canal. El naviero le entrega a la Compañía del Canal la mercancía y éste la recibe, para entregarla inmediatamente al consignatario o ponerla en bodega durante poco tiempo hasta cuando el consignatario la retira contra la presentación del conocimiento de embarque original y en regla".

También comenta un documento de la compañía del Canal de Panamá, en donde aparece que todo el manejo de la carga en los muelles y puertos operados por dicha compañía debe ser hecho por ella misma y que no se permitía el descargue de la mercancía en esa ocasión a menos que los camiones de los consignatarios estuviesen inmediatamente disponibles para el recibo de la carga, habida cuenta de la confusión en los muelles de Balboa, por lo cual la panela permaneció en Balboa desde marzo 20 de 1975 hasta mayo 20 del mismo año, en donde tampoco suministraron los camiones requeridos y la entrega de la panela "se hizo solo por peso y no por conteo de bultos", de lo cual se obtuvo el recibo correspondiente.

El testigo Alberto Tiznés Sierra, representante legal del Banco Cafetero en Panamá, o sea del consignatario del cargamento en litigio, expresó que el conocimiento de embarque lo recibió entre el 17 y el 18 de marzo de 1975, por conducto de un mensajero especial enviado desde Bogotá, y con relación a las notas escritas en los conocimientos de embarque de 524 toneladas brutas de panela aproximadamente, el Banco pudo tomar nota de ellas tan pronto recibió de Almadelco de Colombia los documentos originales correspondientes a esta exportación desde Colombia hasta Panamá. Y agrega que el flete de ese transporte fue cancelado a la Flota Mercante Grancolombiana en cuantía de US\$ 28.291.68 y que el Banco fue notificado oportunamente por

los agentes en Panamá de la Flota Mercante, de la llegada a puerto del barco, información que transmitió a Exportadora Pacífico, para el suministro de los vehículos que debían efectuar el retiro de la panela de los muelles. Y tan pronto como recibió de Almadelco el conocimiento de embarque el 17 de marzo de 1975 y los demás documentos pertinentes, se dirigió ese mismo día a Terminales Panamá S. A., por instrucciones de Exportadora Pacífico para informarle que podía extender garantía bancaria a su favor, cubriendo el pago de los fletes terrestres derivados de la movilización de la carga de los muelles de Balboa al ingenio La Ofelia, ubicado en Panamá, pero que dicho transporte no se llevó a cabo por haber desistido el ingenio de realizar la transacción. Finalmente declara que la documentación que amparaba ese cargamento la endosó, previo acuerdo con Exportadora Pacífico S. A., a la firma Transit S. A., de la Zona Libre de Colón, para que fuese tal firma quien se encargase de su retiro de los muelles de Balboa y de Cristóbal y conservase la mercancía en bodegas de la zona libre de Colón.

4. Afirma el sentenciador que numerosos elementos de juicio acreditan el adecuado cumplimiento del contrato por parte de la empresa demandada y que la remitente sólo pagó el flete 17 días después de la llegada del barco al puerto panameño, por lo cual la demandada no puede correr con responsabilidad alguna por causa del aplazamiento o desplazamiento del embarque en circunstancias como las anotadas, de donde se sigue que la carga transportada por el naviero en Cristóbal y que ese terminal entregó dicho cargamento a sus destinatarios conforme al conocimiento de embarque. Agrega que es cuestión normativa que el barco, en cuanto atraca en el puerto de destino, se sujeta a las reglamentaciones de las autoridades portuarias para los efectos de descargue, almacenamiento y entrega de la mercadería al destinatario, tarea que cumplió realizar al gobierno del terminal, de donde concluye que la Flota Mercante Grancolombiana cumplió satisfactoriamente con el contrato de transporte en sus diversas etapas de custodia y devolución, tanto más si se tiene en cuenta que al retirarse la panela del terminal no medió observación alguna o reserva concreta a este respecto por parte de quienes efectuaron tal operación, los cuales fueron obviamente los tenedores legítimos del título-valor representativo de la mercancía en virtud del endoso que les hiciera el consignatario, que era la persona que estaba legitimada para disponer de dichos bienes por

ser el beneficiario único con virtualidad de poder endosar dicho documento.

5. No aparece en el expediente, por otra parte, que se hubiera registrado la alegada confusión en la panela transportada, ya que, de un lado, los agentes de Almadelco fueron quienes se encargaron de organizar la exportación de los dos cargamentos y se encargaron también de almacenarlos con el personal de Puertos de Colombia en las bodegas del terminal, y luego estos últimos, de acuerdo con el plano elaborado por el naviero, fueron instalando en el buque una y otra panela observando cuidadosamente que no se fueran a confundir, notándose igualmente que ya dentro del vapor fue preciso reempacar la panela de inversiones, para lo cual Almadelco suministró los empaques y la mano de obra correspondiente. Al llegar la carga al puerto de Buenaventura y según el reglamento de operaciones de Puertos de Colombia, corresponde a las autoridades portuarias todo lo relacionado con el manejo de dicha carga desde el momento en que entra al muelle, de manera que la estiba en el buque la realizó Puertos de Colombia de acuerdo con el plano que, como se dijo, elaboró previamente el naviero y esto fue lo que se hizo en el caso presente al colocar la panela en el fondo de la bodega número 3 y en el entrepuente de las bodegas 2 y 3.

Posteriormente, cuando el barco arribó a Balboa y se procedió a descargar parte de la panela a que se refiere el conocimiento de embarque, "no aparece hecho alguno que demuestre plenamente que en la operación de descargue se presentara confusión y que, por lo mismo, se hubiera presentado cambio en la entrega de la mercancía, tal como se afirma en la demanda, máxime si como se acaba de ver el naviero había tomado las precauciones y las medidas que son de costumbre en estos casos, sin que valgan las argumentaciones de la actora en el sentido de que en ello influyó la diferencia de empaques y el estado de éstos en que venía embalada la panela de uno y otro cargamento, dado que estas circunstancias, por sí solas, no permiten llegar a esa conclusión, aparte de que respecto al estado de la mercancía, en general, ésta hubo de almacenarse por mucho tiempo en las bodegas de Palmira y Buenaventura y al cargarse en el buque no aparece haberse hecho observaciones especiales sobre dicho particular, más bien, por el contrario, lo que sí consta es que la transportadora dejó advertido, mediante las notas correspondientes, sobre el estado de la panela, y el modo de estar embalada, cuyas observaciones

contradicen o demeritan, sin prueba en contrario, las observaciones que en tal sentido formularon las demandantes".

"El reclamo por la confusión es una actitud o posición no probada, a más de que si la hubo no existe prueba alguna que lleve a la conclusión que haya sido por culpa o responsabilidad de la empresa transportadora, tanto más si se tiene en cuenta que la labor de descargue, según ha quedado dicho, corresponde a las autoridades del terminal marítimo, en cuyo caso habría que investigar en otro proceso dicho comportamiento".

Y si realmente se registró un cambio de panela al efectuarse el desembarco, el afectado hubiera debido reclamar oportunamente "sobre tan delicado y trascendente", lo que no aconteció en momento alguno.

La carta del 3 de abril de 1975, enviada por Exportadora Pacífico S. A. a la Flota, sin constancia alguna de haber sido recibida por ésta, y de la cual se afirma que no llegó a su destino, "no puede estimarse como objeción o posible reclamación en el cambio en la mercadería a consecuencia de la hipotética confusión en la entrega, pues según sus términos ella se encamina a manifestar que la copia del conocimiento de embarque que le fue entregado no coincide con el original, pues en éste existe una "nota" que no tiene la copia. Además, se anota que habían transcurrido 17 días aproximadamente de haber recibido el documento o título valor, sin que a partir de esta fecha, o antes, en ningún momento se hubiera hecho observación sobre el particular, máxime si se tiene en cuenta que la acusada diferencia se refiere al estado de la panela y embalaje, circunstancia que obviamente tenía que interesar a los beneficiarios del terminal y, por lo mismo, era lógico y natural que fuese objeto, como en el caso anterior, de inmediata protesta, reclamación o reparo".

Tales notas fueron puestas en el original del conocimiento de embarque por el Jefe de Exportaciones de la flota, a la sazón Ramón Abadía Riascos de común acuerdo con el Asistente Comercial del Gerente, Aníbal Duque Mejía, y de conformidad con las tarjetas de chequeo firmadas por el oficial del buque, aparte de que dichas anotaciones sobre humedad y mal empaque fueron advertidas el mismo día por Almadelco. La testigo Waid Guzmán sostiene que la panela estibada en las bodegas 8 y 9 estaba en "malas condiciones de empaque y contenido" e igual cosa dedúcese de las planillas de carga y de la

constancia o información de Virgilio Guerrero, luego lo que demuestra la verdad de lo acaecido es "el texto de conocimiento de embarque original y firmado por la empresa transportadora o su agente, y no la copia, mientras otra cosa no se pruebe plenamente como lo manda la ley". Y si no hay prueba que establezca la confusión de la mercancía transportada ni de que las constancias encontradas en el conocimiento sobre el empaque y estado de la misma fueron consignadas en fecha posterior, no queda otra alternativa que reconocer que el contrato de transporte cobijado por dicho conocimiento de embarque se realizó de acuerdo con la ley, "porque no hay prueba eficaz que demuestre los hechos acabados de enunciar y denunciados por la parte demandante como fundamento de sus pretensiones".

En cuanto a la carta del 17 de abril de 1975, dirigida por la destinataria del cargamento a la Flota demandada, ésta sí con nota de recibo de la transportadora, puede hacerse igual comentario, pues se refiere a la mercancía que estaban retirando del muelle de Balboa, cuando esta panela sólo vino a ser retirada mucho tiempo después; no se habla de la que se encontraba en Cristóbal ni en qué consiste la falta de correspondencia; ni luego, más tarde, cuando el destinatario del título valor hubo de retirarla de los terminales marítimos de Panamá fue objeto de ninguna observación al respecto. Por tanto es obvio concluir que esta comunicación es equívoca e imprecisa y no tiene la virtualidad de modificar la situación real registrada en el cuestionado conocimiento de embarque.

En lo referente a la certificación del Lloyd's del 12 de junio de 1975, se trata de un concepto unilateral, sin motivación suficiente, sin mayor explicación o fundamento, y se ignora en qué circunstancias se hizo el examen de la mercancía y del conocimiento de embarque, lo que impide concluir que las cajas de cartón no coincidan con la mercancía descrita en el conocimiento, máxime cuando el de esta panela responde exactamente al número 01 y, además, se observa que el conocimiento número 2 que ampara la panela de José María Cabal, se refiere, también, a la indicada con el nombre "Idema de contacto Padeco". En estas condiciones y por cuanto dicha inspección se efectuó sin la intervención de la empresa demandada, no es posible establecer con ese certificado, ni consiguientemente con la respectiva declaración de quien firma la certificación José de Estenoz, por lo imprecisa y falta de claridad, que hubiera ocurrido una confusión

de panela capaz de producir la observación anotada.

6. De todo ello concluye el sentenciador que las súplicas de la parte demandante no podrán recibir despacho favorable en razón de no estar comprobado el cumplimiento imperfecto del contrato de transporte atribuido a la demandada, ni consiguientemente es deducible ninguna responsabilidad a cargo de esta, lo que impone la absolución de la demandada y la revocatoria del fallo de primera instancia en cuanto a la condena que contra esta parte formuló.

7. En cuanto a la demanda de reconvención, después de resumirla en sus hechos y peticiones, refiere que el documento del 25 de febrero de 1975 muestra que la Flota Mercante Grancolombiana reservó el espacio para el transporte de 900 toneladas de panela entre Buenaventura y Balboa a bordo del vapor Ciudad de Cuenca, a nombre de Inversiones Pirineos Limitada, que se comprometió a que para el caso de no hacer ese embarque, pagaría el falso flete correspondiente al precio de conferencia vigente a la fecha del embarque, y finalmente que los fletes deben ser prepagados en las oficinas de Bogotá de la Flota Mercante Grancolombiana.

Este documento registra la voluntad de quienes lo suscribieron y si bien es cierto que la orden de embarque de la panela en cuestión era por 915.750 kilos brutos, cantidad por la cual Almadelco, agente de aduanas de la empresa transportadora, había hecho las gestiones para la exportación en la aludida nave y en el trayecto Buenaventura-Balboa, es también evidente, según la prueba documental, que solamente se relacionó la cantidad de 523.920 kilos brutos de panela como contratada para transportar en dicho viaje, de suerte que el transporte se hizo por la aludida cantidad de 523.920 kilos, que aparece registrada en el conocimiento de embarque, cantidad por la cual se liquidó y pagó el flete por el embarcador a la empresa transportadora. Consiguientemente, por la diferencia entre el convenio citado y el embarque efectuado, Inversiones Pirineos Limitada se obligó a pagar el respectivo "flete falso" y debe condenársele a solucionar su valor, para ser liquidado de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a las demás pretensiones de la contrademandante, el Tribunal concluye que debe absolverse a las empresas contrademandadas por ausencia de prueba.

8. Y remata de todo ello el Tribunal revocando la sentencia apelada, negando las súplicas de la demanda principal, absolviendo a la Flota Mercante Grancolombiana de los cargos que le fueron formulados en la demanda, condenando a las demandantes a pagar el valor del referido flete falso, en abstracto, para ser liquidado de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y negando las demás súplicas de la demanda de reconvencción y sin costas en el recurso, sentencia contra la cual, como ya se dijo, interpusieron casación las demandantes.

La demanda de casación

Viene dividida en dos capítulos, cada uno con dos cargos, por cuanto en el primero se refiere a la demanda principal, y en el segundo a la de reconvencción.

Y por prosperar el segundo cargo del primer capítulo y el primero del capítulo segundo a ellos contrae la Corte su estudio y decisión.

Segundo cargo relativo a la demanda principal

En forma notoriamente extensa y en el marco de la primera causal, por vía indirecta y a consecuencia de errores manifiestos de hecho y de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, se acusa la sentencia como violatoria de los artículos 1546 del Código Civil, y 870, 981, 982, 1021, 1030, 1031, 1501, regla 9ª, parte final, 1606, 1618, 1630, 1583, 1605, 1642 y 1644 del Código de Comercio, todos por falta de aplicación.

Sin ser fácil sintetizar el cargo, el censor lo desenvuelve en varios capítulos, así:

CAPITULO I

1. Dice el censor que, en su deshilvanada sentencia, el Tribunal sienta la tesis básica de que el conocimiento de embarque número 1 del 28 de febrero de 1975, relativo al contrato de transporte marítimo objeto de la litis, es prueba concluyente no sólo del contrato mismo, sino de las circunstancias alusivas al mal estado de la mercancía objeto del transporte (panela) y a sus paquetes, expresadas en notas de reserva y limitación de responsabilidad puestas por la empresa transportadora en tal documento, según las cuales "Flota Mercante Grancolombiana no asume ninguna responsabilidad por daños y/o

averías del cargamento debido al deficiente estado del empaque" y "el cargamento empacado en Ctns es recibido roto y húmedo; el cargamento empacado en sacos de yute se recibió húmedo, sin constatar el peso ni el estado de su contenido".

2. No obstante haber partido de ese punto, pasa en el párrafo 6, y luego en el 12, a hacer apreciaciones probatorias que lo llevan a confirmar que efectivamente dicho producto se encontraba en mal estado, o que por lo menos, no podía encontrarse en buen estado, dándole así un soporte adicional a aquella premisa inicial.

3. Procurando seguir el discurrir del Tribunal a fin de lograr la mayor claridad posible, ha de empezarse por dejar establecido qué premisa tan decisiva y fundamental del fallo impugnado está afectada por ostensibles errores de hecho en la apreciación de la prueba.

En efecto, es contraevidente la afirmación del Tribunal de que la panela objeto del transporte se encontraba al ser embarcada, en el mal estado, en sí misma y en sus embalajes, que denuncia el conocimiento de embarque y las demás circunstancias probatorias que el Tribunal tomó en cuenta al efecto. Por lo contrario, la realidad procesal es que el cargamento se encontraba en buen estado cuando fue embarcado.

4. El propio conocimiento de embarque, se opone a la criticada conclusión del Tribunal. Ciertamente, en él aparecen descritas las cosas objeto del contrato de transporte de que da fe, expresando que se trata de "9.050 cartones de 25 kilos panela, cada uno ... y de 24.277 cartones de 20 kilos panela, cada uno". Es decir: según ese documento, el cargamento iba empacado en cartones o cajas de cartón. Pero resulta que las notas de salvedad insertadas en él por la compañía transportadora, si bien aluden a panela empacada en cartones, también hablan de panela empacada en "sacos de yute", es decir, a un cargamento que no hacía parte del cobijado por el conocimiento de embarque mismo, que ni lo menciona, y no lo podía mencionar, porque es hecho incontrastablemente establecido en el proceso que el cargamento remitido por Inversiones Pirineos estaba embalado, todo él, en cajas de cartón y de ninguna manera parte siquiera de él en sacos de yute, como resulta, entre muchas otras pruebas, del certificado de Almadelco (folio 23 del cuaderno número 1), ratificado con la declaración de Baudelino Aguas, quien es su suscriptor (folio 91 del cuaderno número 2); de

télex interno (folio 91 *ibidem*), dirigido por las oficinas de la Flota en Buenaventura a las de San Cristóbal, dando cuenta de haber zarpado el "Ciudad de Cuenca" con el mismo cargamento de panela de Inversiones Pirineos que relaciona el conocimiento de embarque; y del manifiesto aduanero (folio 92 *ibidem*), que se refiere también a ese mismo cargamento, pruebas estas dos últimas aportadas al proceso por la parte demandada en su contestación y cuya autenticidad quedó establecida conforme al artículo 276 del Código de Procedimiento Civil.

5. Además, las mismas pruebas a que acaba de hacerse referencia acreditan otro hecho establecido también en los autos: que el mismo barco "Ciudad de Cuenca" transportó también, en dicho viaje Buenaventura-Balboa, otro cargamento de panela de otro remitente, José María Cabal, y con otro destinatario, Azucarera Nacional S. A., una parte del cual sí iba empacado en sacos de yute. El propio conocimiento de embarque correspondiente a este segundo cargamento, distinguido con el número 2 (folio 33, cuaderno número 1), da cuenta de que dicho cargamento consistía en panela empacada, además de cartones, en sacos de yute. En ese conocimiento número 2, aparecen consignadas, exactamente en los términos en que lo están en el conocimiento número 1 relativo a la panela de Inversiones Pirineos, las notas de salvedad y limitación de responsabilidad arriba transcritas.

6. Había, en estas circunstancias, motivos más que suficientes para que el Tribunal pudiera deducir, sin dificultad, que las notas introducidas en el conocimiento de embarque correspondiente a la panela de Inversiones Pirineos, por aludir a sacos de yute, no podían coincidir con la verdad; a la vez que para sospechar que la figuración allí de tales notas obedecía a la confusión, a que desde un principio dio ocasión la Flota, entre los dos distintos cargamentos de panela que se transportaron en el mismo viaje. Dedución aquélla y sospecha ésta que tenían que terminar por convertirse en convicción si, como adelante se verá, el Tribunal no hubiera incurrido en el error de ignorar pruebas contundentes de que la panela de Inversiones Pirineos se encontraba en perfecto estado cuando fue cargada en Buenaventura.

7. Pero no fue solo por el aspecto examinado que incurrió el Tribunal en error de hecho manifiesto, al apreciar el conocimiento de embarque número 1 y tenerlo como prueba de que la panela objeto del mismo estaba en malas condiciones,

tanto en sí misma como con respecto a sus empaques.

Porque, miradas las cosas desde otro ángulo, sucede que el Tribunal no percató que el documento en que aparecen insertadas las notas en referencia no aparece suscrito sino por el transportador (que aparezca firmado por el Cónsul de Panamá no tiene significación alguna para el caso), o, mejor dicho, que no aparece firmado por el remitente Inversiones Pirineos o algún representante suyo, inadvertencia que lo llevó a dar por celebrado el contrato en las condiciones que rezan las notas, no pudiendo ser ello así ante la ausencia de voluntad de aceptarlas por la otra parte contratante.

8. Ni tampoco vio el Tribunal que, conforme se desprende de las declaraciones de Bernardo Rottenberg Pérez (folios 72 y siguientes, cuaderno número 2), Aníbal Duque M. (folio 359, cuaderno número 3), Ramón Abadía (folio 397, cuaderno número 3), Proclides Junca (folio 401, cuaderno número 3), Baudelino Aguas (folio 90, cuaderno número 7), y de la contestación al hecho 10 de la demanda, el conocimiento de embarque, sobre modelo suministrado por la Flota, fue llenado con los datos pertinentes a las condiciones comunes y corrientes al contrato de transporte, y así entregado a la Flota para lo de su cargo; que la Flota lo firmó, habiéndose después introducido las notas de reserva comentadas, y lo mantuvo en su poder hasta cuando después de realizado el transporte y de ocurridos los sucesos en torno al descargue en Balboa y Cristóbal de que da cuenta el proceso, vino el original a ser entregado al remitente en Bogotá. Es decir, no vio el Tribunal que, conforme a las pruebas indicadas, las notas de salvedad fueron puestas en documento que "siempre" había estado en poder de la empresa transportadora, circunstancias en las cuales notas como esas sólo atan a quien las estampa, en este caso la Flota, y que a ellas son extrañas cualquiera otra persona, precisamente por no serle imputable lo declarado en ellas.

9. Otras circunstancias ofrece el proceso, que, de haber sido percibidas por el Tribunal, lo hubieran llevado a desconocerle mérito probatorio al conocimiento de embarque número 1, respecto de las notas en cuestión. Evidentemente, en autos resulta probado que para la Flota no era grato hacerse cargo del transporte de cargamentos de panela como los remitidos por Inversiones Pirineos y José María Cabal, pues su experiencia al respecto no era satisfactoria. Y que por

ello, cuando se decidió a efectuarlo, no lo hizo sin tomar todas las medidas del caso que le permitieran curarse en salud de lo que pudiese ocurrir. Sobre las malas experiencias, es referente el testigo Eduardo Muñoz, funcionario de la Flota, quien en declaración suya que obra a folio 263 del cuaderno número 1 (debe tenerse en cuenta la aclaración que respecto a la identificación del testigo se hace al final del acta de la audiencia respectiva, folio 266 v. *ibidem*), alude a que “por antecedentes de deficiente empaque y experiencia por incumplimiento de un embarque similar, ordené a la Jefatura de Operaciones de Buenaventura de la Grancolombiana tomaran todas las precauciones para salvaguardar los intereses de la compañía, pues tenía conocimiento del mal manejo de estos cargamentos en su transporte terrestre e instruí para que cualquier deficiencia en la carga en cuanto a empaque exterior, fuera anotada en el conocimiento ...”.

El mismo Muñoz es más claro y terminante, a propósito de las pésimas experiencias de la Flota en materia de transporte de panela, cuando en el memorando de 13 de marzo de 1975, que dirigió como Jefe de Departamento de Operaciones de la Flota a Carlos Lleras de la Fuente —Jefe a su vez, de la División Comercial de la misma empresa—, a raíz de los problemas suscitados con el descargue del “Ciudad de Cuenca” en Balboa y Cristóbal, expresa sin ocultar su desesperación: “Siendo este transporte de la panela el tercer fracaso, cordialmente me permito sugerirles que ‘por Dios Santo’ no volvamos a conseguir panela para llevar en nuestros buques”. Este memorando fue incorporado al proceso por la Flota (artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, Inspección Judicial de folio 126, cuaderno número 3).

10. Es de advertir que las instrucciones de Muñoz a la Jefatura de Operaciones de Buenaventura de que habla en su declaración, fueron atendidas por esta última en forma excesiva, pues si, como luego se verá, el cargamento de panela de Inversiones Pirineos se encontraba en buen estado y bien empacado, no era del caso, como rezan las mismas instrucciones dichas, insertar en el conocimiento las notas de reserva en cuestión. Otra cosa distinta era respecto del cargamento de panela de José María Cabal, cuyas malas condiciones sí hacían indispensable tomar medidas de precaución para protección de los intereses del transportador. Todo, empero, era propicio para que los funcionarios de la Flota en Buenaventura tuvieran los dos cargamentos como uno solo y que les dieran, por tanto,

un tratamiento igual; por eso pusieron las notas tanto en el conocimiento de la panela de José María Cabal, que podía requerirlas, como en el conocimiento de la panela de Inversiones Pirineos, que no sólo no las requería, sino que las repudiaba como contrarias a la buena fe y a la lealtad contractuales, dado el buen estado del producto objeto del mismo y de su empaque.

11. La mala atmósfera que reinaba en la Flota para todo lo que significara transporte de panela, no se circunscribía al Departamento de Operaciones, sino que trascendía también a la División Comercial. Así lo evidencia la comunicación dirigida el 26 de febrero de 1975, por Carlos Lleras de la Fuente —Jefe de dicha División—, a las oficinas de la Flota en Buenaventura, y relativa precisamente a los cargamentos de panela que iban a transportarse en el barco “Ciudad de Cuenca”, remitidos por José María Cabal y por Inversiones Pirineos, respectivamente.

Dicha comunicación se refiere primordial y principalmente al cargamento de José María Cabal, para cuyo embarque exige especiales condiciones “de acuerdo sus informaciones acerca estado producto”, tales como hacer figurar en el conocimiento el empaque real (cajas o sacos), y marcar el conocimiento ante cualquier deficiencia del empaque o del producto. Ya al final de dicha comunicación, en forma a todas luces advertencia, y en todo caso sin base en informaciones concretas sobre el mal estado del cargamento de Inversiones Pirineos (al contrario de lo que ocurría con el otro cargamento), apenas a manera de simple previsión en abstracto, la comunicación termina diciendo que “estas mismas condiciones deben tenerse en cuenta para 900 toneladas embarcadas Inversiones Pirineos mismo buque y destino”, comunicación que también fue incorporada al proceso por la Flota (inspección de folio 126, cuaderno número 3).

12. No se remite a duda que el desmedido celo de los funcionarios de la Flota en Buenaventura, al ejecutar las instrucciones recibidas tanto de los jefes del Departamento de Operaciones, como de la División Comercial, sin distinguir entre el cargamento remitido por José María Cabal y el remitido por Inversiones Pirineos, y por el contrario, considerándolos y confundiéndo los como uno solo, para darles un mismo tratamiento, es lo que explica que las notas de reserva que debían figurar en el conocimiento correspondiente al primer cargamento, respecto del cual sí era pertinente hablar de panela empacada en carto-

nes y de panela empacada en sacos de yute, se hubieran hecho extensivas al conocimiento de embarque del cargamento remitido por Inversiones Pirineos, que ni los merecía, porque se encontraba en buen estado, ni comprendía embalaje en sacos de yute.

De esta manera, se inició la confusión de cargamentos que culminó en Balboa con el extravío de la panela de Inversiones Pirineos, y con la pretensión de entregar al destinatario de ésta, como si fuera la suya, panela que correspondía a otro.

13. Todas las circunstancias relatadas en los puntos anteriores, cuya evidencia es incontrastable, eran aptas para que el Tribunal empezara la motivación de su fallo sentado como principio orientador del mismo, la tesis de que las notas insertadas por la Flota en el conocimiento de embarque del cargamento de Inversiones Pirineos, no correspondían a la verdad. No obró así el Tribunal, y ello se debió a que leyó mal el conocimiento aludido, por una parte, y por otra, a que hizo caso omiso de las pruebas que se han dejado mencionadas. Es decir, incurrió en el clásico error de hecho en la apreciación de la prueba.

14. Pero es que el desquiciamiento de cualquier fuerza probatoria que quisiera asignársele a las notas de reserva en cuestión, no se produce solamente por las causas y razones atinentes al conocimiento mismo, examinadas en los apartes anteriores. Se produce también, en forma más rotunda, con vista en múltiples evidencias procesales que, abstracción hecha de dicho conocimiento, o contraprobado lo que sus notas rezan, hacen ver en forma irrefutable y de manera directa, que la panela del cargamento remitido por Inversiones Pirineos se encontraba en perfecto estado y adecuadamente empacada, cuando se embarcó en el "Ciudad de Cuenca" con destino a Balboa. Así se pasa a demostrarlo:

15. Para utilizar registro de exportación a Panamá de 900 toneladas de panela, concedido inicialmente para el 31 de diciembre de 1974, pero modificado después para el 28 de febrero de 1975 (folios 78, 79 y 80, cuaderno número 1), y conforme lo explica Jorge Hernán Londoño, Gerente de Inversiones Pirineos Limitada, en interrogatorio de parte (folios 77 y siguientes, cuaderno número 2), la sociedad mencionada empezó a hacer compras de panela en diciembre de 1974, cuando adquirió 9.736 cartones de 40 panelas, cantidad ésta de la cual vendió 5.000

cartones en el mercado de Palmira en el mismo mes de diciembre, de modo que le quedaron 4.736; luego, en los meses de enero y febrero de 1975, adquirió 9.513 cartones de 40 panelas y 9.050 cartones de 48 panelas. De esta suerte, con un excedente de 28 cartones que resultaron de las compras, disponía de los 23.327 cartones que vinieron a ser embarcados en la nave "Ciudad de Cuenca", conforme lo acredita el conocimiento de embarque número 1, tantas veces mencionado.

16. A medida que se iba recibiendo la panela así adquirida, se almacenaba en las bodegas de Almadelco de Palmira. Allí se conservaron almacenados, los 4.736 cartones sobrantes de la cantidad mayor comprada en diciembre de 1974, y los que se adquirieron luego en enero y febrero, hasta el 26, 27 y 28 de este último mes, fechas en que la panela fue remitida a Buenaventura. Sobre la recepción en Palmira y luego el envío de esta panela a Buenaventura, una parte en camiones y otra en ferrocarril, toda en perfecto estado, obran en autos los siguientes documentos:

a) Una relación detallada y minuciosa de la panela recibida en Palmira (folios 57 y siguientes, cuaderno 2), recogida en la inspección judicial practicada a las oficinas de Almadelco (folio 9 *ibidem*), relación en cuya última página se menciona el "perfecto estado" de las cajas a que allí se alude. Copia de esta misma relación aparece a folios 276 y siguientes, cuaderno número 1;

b) Relación minuciosa de los 23.366 cartones remitidos de Palmira a Buenaventura por vía terrestre (camiones) una parte (8.766 cartones), y por vía férrea los 14.600 cartones restantes (folio 56, cuaderno N° 2), relación firmada por el Gerente de la Sucursal de Almadelco en Palmira, a cuyo pie figura la siguiente constancia: "Nota: Todas las cajas correspondientes al citado despacho se entregaron en perfecto estado";

c) Carta remisoria de las relaciones mencionadas, dirigida a las oficinas de Almadelco en Bogotá por el Gerente de la Sucursal de Palmira, en la que se lee: "Es de anotar que toda esta mercancía fue despachada en cajas de cartón en óptimas condiciones, tanto en el empaque como en su contenido". Como se indicó para el documento relacionado bajo la letra a), también los de las letras b) y c) fueron incorporados al proceso en fotocopias tomadas de los respectivos originales, con ocasión de la inspección judicial

a Almadelco visible a folios 9 y siguientes del cuaderno número 2, conforme consta en la parte final de esa misma diligencia que aparece a folio 71 *ibídem*.

17. Se tiene hasta aquí, que, conforme a la prueba mencionada, la panela remitida por Inversiones Pirineos fue despachada de Palmira a Buenaventura en perfecto estado, tanto en su empaque como en su contenido. Y téngase en cuenta, a propósito de los documentos procedentes de los Almacenes Generales de Depósito del Comercio (Almadelco) antes aludidos, que ellos tienen la eficacia probatoria especial que a los de su género les asigna el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil.

18. ¿Cómo llegó la panela al consignatario de ella en Buenaventura —Almadelco—, para ser almacenada en las bodegas del terminal marítimo o Puertos de Colombia? Lo expresa la certificación expedida por Almadelco Buenaventura a ese respecto (folio 23, cuaderno número 1), allí consta que la panela transportada por carretera fue recibida entre el 27 de febrero y el 1º de marzo, en cantidad de 8.766 cartones; y que la remitida por vía férrea fue recibida el 1º de marzo, en cantidad de 19.239 cartones, para un total de 23.339, con una diferencia de 12 cartones explicable por algún error de cuenta; que los cartones que presentaron averías (se supone que las normales por el trajín propio del transporte) fueron rezunchados y reempacados en cajas de cartón iguales a las originales, de suerte que no entró a bodega “ningún bulto desbaratado”; que en ningún momento se recibió panela empacada en sacos de yute; que todo el cargamento fue entregado a Empocol, y luego por esta a la Flota Grancolombiana, en el mismo estado en que se recibió, pues entre este último y la entrega a la Flota no hubo movimiento adicional que causara avería de consideración; y que, igualmente, los bultos que sufrieron avería con ocasión del embarque fueron de nuevo reemplazados y rezunchados, para lo cual se situó una cuadrilla de trabajadores en la propia bodega del barco. Expresa también ese certificado que en la misma nave fue embarcado por el mismo Almadelco un cargamento de 72.000 y pico de bultos de panela empacada en cartones y en sacos de yute, que estaba desde diciembre en el puerto, y para cuyo embarque fue necesaria una gran operación de reempaque “pues la humedad y larga estadía en puerto había producido mucha avería que imposibilitaba el manejo. Hasta donde fue posible se reempacaron en cartones y una gran cantidad se metió en sacos de yute, en pro-

medio de dos y medio o tres cartones por saco y así en esta forma se entregaron a Grancolombiana”. Termina sintetizando que la panela de Inversiones no presentó una avería de mayor consideración y que ella fue saneada oportunamente hasta dejarla *en buenas condiciones* a bordo de la nave de acuerdo con las exigencias de los navieros. Reza también este certificado que el cargamento estuvo almacenado en las bodegas números 8 y 10 de Puertos de Colombia.

Baudelino Aguas, director de las oficinas de Almadelco en Buenaventura, quien figura suscribiendo el certificado a que acaba de hacerse referencia, rindió declaración dentro del proceso (folio 90, cuaderno 2) y repitió más o menos lo mismo que había expresado en el certificado, reiterando especialmente que el cargamento quedó estibado en el barco “en perfecto estado” y que toda avería que se produjo con ocasión del embarque fue reparada de inmediato, agregando que el embarque tuvo lugar el día 4 de marzo de 1975. Alude también al cargamento de Cabal para reiterar que se encontraba en el puerto desde diciembre de 1974, que un primer intento de embarcarlo había fracasado por problemas judiciales, y que por esos motivos y las inclemencias del clima sufrió un deterioro considerable, tanto que hubo que reempacarlo en un 50 o 70%.

19. A su turno, la empresa oficial Puertos de Colombia certificó a través de Misael Vallejo, Jefe de la Sección de Exportaciones, y de los Jefes de Bodega Gildardo González y Arcila y Antonio Arroyo S., que en las bodegas 5, 8 y 10 se recibieron, en camiones y por ferrocarril, los 23.339 cartones de panela de que se ha venido hablando, “con la salvedad —expresa la certificación firmada por el Jefe de la bodega N° 5, acreditando con ello la seriedad del certificado— del vagón número 12637, el cual trajo únicamente 1397 cartones y no 1407 como manifiestan los memorialistas”. Y refiriéndose al estado de los cartones recibidos por cada jefe de bodega, el de la número 10 dice que “fueron embarcados en el vapor antes citado, *sin averías*”; y el de la número 5 “que este cargamento fue embarcado en el vapor Ciudad de Cuenca de marzo 5-75 en su empaque original”, lo que sugiere que lo fue en el buen estado en que se hallaba, según lo visto atrás.

El citado Jefe de la Sección Importaciones, Misael Vallejo Delgado (folio 351, cuaderno 1), tras ratificar el contenido del certificado aludido, declara con toda nitidez y claridad que “la panela de Inversiones Pirineos Bogotá, principié

a llegar el 27 de febrero de 1975 y el buque zarpó el 5 de marzo del mismo año. *Esta panela llegó en muy buenas condiciones y así mismo fue embarcada* por cuanto su permanencia en el puerto fue supremamente corta, a excepción de las averías de rutina que se presentan en esta clase de cargamentos y que como digo antes para este reempaque se solicitó cajas de cartón a la firma Almadelco completamente nuevas. En cuanto al producto fue relativamente poco y *quedó en buenas condiciones reempacado o después de reempacado*". Se refiere también al otro cargamento, el de Cabal, y da detalles del pésimo estado en que se encontraba; que se hallaba "revenido debido al tiempo que permaneció en los sectores y al movimiento que hubo que hacer por circunstancias de la orden del juez de Cali, como por el largo reempaque que se efectuó en los sectores, el cual recuerdo muy bien que *hubo que usar palas para recoger ese producto*". La referencia al juez de Cali concierne al episodio de un embarque de ese cargamento en diciembre de 1974, en el buque "Ciudad de Armenia", que hubo de ser descargado allí mismo por orden de dicho juez.

El Jefe de la bodega número 5, Gildardo González Arcila, que firma también el certificado de Puertos de Colombia dicho, se ratifica también en este (folio 353 v., cuaderno número 1), agregando explicaciones sobre la forma de expedir un certificado como ese, que abonan su seriedad. En cuanto al otro jefe de bodega, Antonio Arroyo S., en la misma audiencia en que se recibieron estos testimonios, se presentó partida de su defunción.

20. Lo dicho hasta ahora es suficiente para tener con evidencia por establecido, contra lo aseverado por el Tribunal, que la panela de Inversiones Pirineos quedó estibada a bordo en perfectas condiciones, tanto en cuanto a su empaque como en cuanto a su contenido. Y para tener también como evidentemente establecido, que, por lo contrario, el cargamento de José María Cabal fue embarcado en muy malas condiciones, al menos en cantidad muy apreciable.

21. No obstante, vale citar otras pruebas corroborantes, de esa realidad, por ejemplo la que surge del libro de Bitácora del "Ciudad de Cuenca", en lo correspondiente al viaje Buenaventura-Balboa que aquí interesa, cuyas anotaciones respectivas figuran en fotocopia de télex interno de la Flota (folio 123, cuaderno número 1), acompañado por ésta como prueba en la contestación de la demanda, lo mismo que en las

fotocopias de las hojas pertinentes de dicho libro (folio 214, cuaderno número 3), allegadas al proceso por intermedio del Consulado de Colombia en Nueva York, en virtud de despacho que obra a folio 211 del mismo cuaderno. Según esos documentos, el 26 de febrero de 1975, aparece anotado que se estaba cargando panela "*en malas condiciones en B. (significa bodega, se observa) número 3 LH (Lower Hall) Popa*"; y el 28 de febrero que "*comienza cargue panela en B. 2 LH Proa. Nota: Cabe hacer mención que la carga de panela entra al buque en condiciones visiblemente malas*". Y en el folio del citado libro correspondiente al 2 de marzo (por error aparece allí fechado febrero 2), se ve una anotación que reza: "*Se cierra entrepuente BN. 2 Proa. Comienza cargue panela en 2 Proa*". No hay en el libro de Bitácora otras anotaciones alusivas a la panela.

22. Habida consideración de que, como se vio atrás, la panela de Inversiones Pirineos se estaba transportando entre el 27 de febrero y el 1º de marzo de Palmira a Buenaventura; que el embarque de la panela de José María Cabal se hizo el 26 de febrero, como se advierte sin dificultad de las fechas de las planillas de dicho embarque (folios 134 a 180, cuaderno número 4), ver adelante del número del Capítulo II, literal c); y que según Baudelino Aguas, el embarque de la panela de Inversiones Pirineos se hizo el 4 de marzo (folio 91, cuaderno número 2), no se remite a dudas que las anotaciones correspondientes al 26 y 28 de febrero del cuaderno de Bitácora, relativas al mal estado de la panela que en esas fechas se estaba cargando, se refieren necesariamente a la panela de José María Cabal, nunca a la de Inversiones Pirineos. Lo que se hace todavía más evidente al considerar que la panela a que aluden esas anotaciones se estaba colocando, según ellas mismas rezan, en el fondo de las bodegas 2 y 3, estando como están de acuerdo las partes (hecho 3º de la demanda y respuesta al mismo, folios 51 v. y 190, cuaderno número 1), en que precisamente fue en el fondo de estas bodegas 2 y 3 donde se estibó la panela de José María Cabal. Quiere ello decir, que el capitán del barco cumplió con lo que le correspondía como deber suyo al hacer esas anotaciones) (artículos 1501, 3º y 10 b. del Código de Comercio), que como se ha visto se refieren indudablemente al cargamento de José María Cabal. Luego si no hizo observaciones de ese tipo en relación con panela cargada posteriormente, en la cual tenía que estar la de Inversiones Pirineos, eso forzosamente tuvo que haberse debido a que ella no ofre-

cía reparos por mal estado o mal empaque como efectivamente no los ofrecía, según resulta de las demás pruebas ya examinadas.

CAPITULO II

1. Haciendo una especie de corte y balance con lo expuesto bajo el capítulo anterior del cargo, la conclusión final que arroja lo allí dicho es la de que es manifiestamente contraevidente la deducción del Tribunal, según la cual el conocimiento de embarque del cargamento de Inversiones Pirineos, en lo que concierne a las notas de reserva y limitación insertadas en él por la Flota, acreditan fehacientemente que dicho cargamento fue embarcado en mal estado tanto respecto de sus empaques, como de su contenido. Porque el conocimiento de embarque, por sí solo, acredita que las notas fueron estampadas sin consultar una realidad, y prácticamente por pura rutina y para darle excesivo cumplimiento a una orden o instrucción superior; y porque, además, las otras pruebas examinadas en el referido capítulo acreditan de manera fehaciente que la panela del cargamento de Inversiones Pirineos, cuando quedó debidamente estibada en los entrepuentes de las bodegas 2 y 3 del barco "Ciudad de Cuenca", se encontraba en perfecto estado no sólo en cuanto a empaques, sino en cuanto al contenido de los mismos.

2. Pero resulta que el Tribunal, en los párrafos 6 y 7, primero, y luego en el 12 de su sentencia, resuelve hacer consideraciones en torno a otras pruebas, para reforzar con ellas su tesis sobre el valor probatorio de las notas de reserva dichas, y aun para deducir de tales pruebas la explicación de que la Flota hubiera estampado tales notas. Pues bien, al hacer tales consideraciones incurrió también el Tribunal en manifiestos errores de hecho y en errores de derecho al apreciar las pruebas que toma en cuenta al respecto, como se pasa a demostrar.

3. En efecto, el Tribunal en el párrafo 6, destaca que la panela de Inversiones Pirineos venía siendo adquirida desde diciembre de 1974 y que se fue almacenando en Palmira, para suspicazmente comentar que en esas condiciones "no es tan evidente que esta mercancía viniera a embarcarse el día 4 de marzo bajo la creencia, quizá, de que fuese panela recién comprada o adquirida por el cargador". Agrega que lo cierto es que toda la panela que se cargó en el "Ciudad de Cuenca" el 5 de marzo, fue comprada de diciembre en adelante, y que entonces "la permanencia prolongada de dicha panela en las bo-

degas de Palmira y Buenaventura, unido al factor climático de las zonas, bien pudo deteriorar el producto y obviamente propiciarle humedad". De esa suerte rechaza la tesis de que solamente la panela de Cabal hubiera estado almacenada largo tiempo, y la de Pirineos apenas en los últimos días de febrero. "Es la explicación lógica —termina diciendo—, de que se hubiera tenido que reempacar la panela para su embarque y el motivo para registrar las 'notas' en el conocimiento de embarque por parte de la empresa transportadora".

Luego de decir lo anterior, que aparentemente significa que el punto queda así precisado y definido, para corroborar esa impresión empieza en el numeral 7 por anunciar que va a pasar a otro tema distinto, avanzando inclusive alguna apreciación de fondo sobre el mismo. Pero, no. Dando aquí muestra de una de las múltiples veces en que el fallo rompe relaciones con el orden lógico a que debe ceñirse formalmente la elaboración del silogismo judicial que toda sentencia envuelve, el Tribunal regresa al tema del numeral 6, y con fundamento en la declaración de parte rendida por Jorge Hernán Londoño (folio 79, cuaderno número 2), en la relación de panela despachada de Palmira a Buenaventura de folios 57 y siguientes del cuaderno número 2, y en la declaración de Baudelino Aguas de folios 90 a 92 del mismo cuaderno, deduce que la panela de Inversiones Pirineos se fue almacenando en Palmira desde diciembre de 1974; que fue almacenada en el terminal marítimo en las bodegas 8 y 10; que la panela de Cabal también "empezó a llegar desde diciembre de 1974, la cual con otra que fue llegando posteriormente se almacenó en las bodegas 8 y 10 del terminal en donde permaneció hasta marzo de 1975. Por manera que es evidente el hecho de que una y otra panela ... fueron almacenadas en las mismas bodegas del terminal marítimo desde su llegada al puerto de Buenaventura hasta el día en que fueron embarcadas, reconociendo el testigo (alude a Baudelino Aguas), que 'por la inelencencia del clima y el tiempo de la permanencia de la mercancía en bodega, esta panela sufrió un deterioro considerable'".

4. Sin embargo, estas consideraciones del fallo acusado están viciadas por manifiestos errores de hecho, algunos de ellos inexcusables, y fruto todos de la tendencia (aquí también), a confundir el cargamento de panela de Inversiones Pirineos con el de José María Cabal, para emitir juicios uniformes sobre ellos, mereciéndolos en realidad tan distintos. Es fácil demostrar así esos errores

a) Está en primer lugar el tema de que la panela de Inversiones Pirineos se empezó a adquirir en diciembre de 1974. Eso es cierto, y no se discute. Pero esta verdad exige ciertas precisiones que el Tribunal no tuvo en cuenta, incurriendo por ello en errores de hecho clarísimos: por ejemplo, que para efectos de medir la antigüedad de las adquisiciones, que es lo que parece importarle más al Tribunal, de los 9.736 cartones que Jorge Hernán Londoño confesó haber adquirido en diciembre de 1974, deben deducirse los 5.000 que él mismo dijo haber vendido en enero siguiente; que si, entonces, algo así como 19.000 cartones fueron adquiridos en enero y febrero, resulta desmedido y por ende, equivocado, sostener que por haberse hecho la compra de la menor parte del total en diciembre de 1974, pueda decirse de todo el cargamento que no fuera de reciente adquisición, si es que se admite que para principios de marzo de 1975 pueda considerarse como vieja una panela adquirida en diciembre de 1974, pero bien almacenada y conservada, como estuvo la de Inversiones Pirineos, según lo visto atrás; y que panela que, como se acaba de ver, fue en su mayor parte adquirida en enero y febrero de 1975, y estuvo prácticamente durante todo el tiempo bien almacenada en Palmira, se considere sometida a los mismos riesgos de conservación que otra que ya desde diciembre se sabe que se encontraba en Buenaventura, y que naturalmente había sido adquirida o por lo menos proceda con anterioridad a tal mes, aparte de que estuvo sujeta a las vicisitudes del embarque frustrado a que aluden Baudelino Aguas, Gildardo González A. y José Misael Vallejo, en especial este último, en sus declaraciones comentadas arriba;

b) Decir, como dice el Tribunal, en forma por demás dubitativa e impropia de un juzgador, que la permanencia prolongada de las paneles en Palmira y Buenaventura "bien pudo", por la condición climática de las respectivas zonas, deteriorarlas "y obviamente propiciarle humedad", es un decir, enteramente gratuito, que ha debido suponer prueba técnica al respecto en el proceso. Sin haberla, implica comisión de manifiesto error de hecho. No versando, tal afirmación, sobre un hecho notorio (artículo 177, inciso 2º, Código de Procedimiento Civil), sino sobre situaciones que requerían estar probadas en distintos aspectos, como por ejemplo la influencia del medio ambiente, tanto en Palmira como en Buenaventura sobre productos susceptibles de ser afectados por él, en este caso la panela, y las condiciones del almacenamiento a

que estuvieron sujetos los cargamentos en Palmira y en Buenaventura, entre otros o sea faltando la prueba de tales hechos, le quedaba imposible al Tribunal emitir un juicio como el que aquí se censura. El principio de la necesidad de la prueba (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), no le permitía sacar tal conclusión. El haberla extraído, significa que dio por demostrado lo que carecía de prueba, o sea cometió un clásico error manifiesto de hecho;

c) Sugiere el Tribunal, en vez de decirlo abiertamente, en lo cual radica otra de las deficiencias formales del fallo, que por haber sido almacenados los dos cargamentos en las bodegas 8 y 10 de Puertos de Colombia, pudo allí producirse una confusión entre ellos. Pero a más de que no hay prueba de esa confusión, sino por el contrario, de que la misma panela de Inversiones Pirineos entregada por Almadelco a Puertos de Colombia en Buenaventura, fue la que se embarcó en el buque "Ciudad de Cuenca", sucede que, conforme resulta del certificado de Almadelco y de las declaraciones atrás comentadas (3.4 y 3.5, Capítulo I), dicha panela llegó a Puertos de Colombia a partir del 27 de febrero, cuando ya necesariamente había sido retirada de las bodegas 8 y 10 la panela de José María Cabal. Esto último, habida cuenta de que según las planillas de cargue aportadas por la Flota al proceso con la contestación de la demanda (folios 134 a 180, cuaderno número 1), y habilitadas por lo mismo como prueba en contra de ella conforme al artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, el embarque de dicho cargamento tuvo lugar el 26 de febrero y si hay algún embarque que conforme a esas planillas aparezca hecho después, el primero de marzo más exactamente, como el de que dan cuenta las planillas de folios 134 y 135, resulta que se refiere a panela empacada en *sacos de fique*, como allí reza, y es sabido, conforme ya se demostró, que el cargamento de Inversiones Pirineos consistió *exclusivamente en cartones o cajas de cartón*, en ningún caso en empaque distinto a ese, particularmente sacos de yute o fique. Por manera que no puede ser más manifiesto y ostensible al respecto el error de apreciación probatoria cometido por el Tribunal;

d) Y más manifiesto y claro es el error cometido, casi inexcusablemente, en la apreciación de la declaración de Baudelino Aguas (folio 90, cuaderno 2). No se podía cometer sino por omisión en la lectura de ese testimonio, o por una lectura presurosa del mismo, tan inexcusable lo primero como lo segundo. Porque es clarísimo

que el testigo Aguas, en la parte de su declaración que figura en los primeros cinco renglones del folio 91, expresa que la panela de Inversiones Pirineos quedó "en perfecto estado", y clarísimamente también, más adelante, en el folio 91 v., en la frase que transcribe el Tribunal en su fallo, que figura allí a partir del renglón trece, se refiere al cargamento de panela de José María Cabal. No obstante lo cual, el Tribunal no encuentra ningún inconveniente en aplicar esa frase a la totalidad de la panela embarcada en el "Ciudad de Cuenca", es decir, tanto a la panela de Cabal, a la que ella se refería exclusivamente, como a la de Inversiones Pirineos.

5. Resulta de todo lo dicho bajo el numeral precedente, que el Tribunal no tenía ningún fundamento para deducir, como lo dedujo al final del punto 7 de su fallo, que era explicable que la Flota hubiera insertado en el conocimiento de embarque las notas de reserva a que se ha venido haciendo mención. Lo que debió deducir fue, más bien, que su inserción no tenía razón de ser.

6. Incurriendo una vez más en su deplorable sistema de volver intempestivamente sobre temas que aparentemente había dejado resueltos antes, en el numeral 12 de su fallo el Tribunal regresa a las famosas notas, para darles respaldo con las declaraciones de Ramón Abadía Riascos, Aníbal Duque Mejía y Hair Guzmán (folios 397, 359 y 389 del cuaderno número 3), con las planillas de cargue de folios 141 y siguientes, cuaderno número 1, y con la información del capitán Virgilio Guerrero (folio 127, cuaderno número 1).

7. Según los testigos Abadía y Duque, expresa el Tribunal, ellos de común acuerdo pusieron las notas en el conocimiento de embarque, "de conformidad con las tarjetas de chequeo firmadas por el oficial del buque, respaldadas por las firmas de los controles de embarque", y esas notas fueron advertidas desde el mismo día por Almadelco, además de que las malas condiciones de empaque y contenido se deducen también de las planillas de cargue y del informe del capitán Guerrero precitados.

Pues bien, al valorar los testimonios mencionados de Duque Mejía, Abadía Riascos y Guzmán, el Tribunal dejó de ver circunstancias que, respecto a unos, debilitaban su credibilidad, por tratarse de empleados al servicio de la misma empresa demandada, que es el caso de Abadía y Guzmán, según ellos mismos lo reconocen en sus declaraciones; así como dejó de ver circunstancias comunes a todos ellos, que ostensiblemente

te impiden entender que lo dicho por ellos se refiera seriamente al cargamento de panela de Inversiones Pirineos. En verdad, si hay algo evidente y claro en la salva de papel que configura este expediente, es que el cargamento de Inversiones Pirineos estaba contenido totalmente en cartones, en ningún caso en sacos de yute. Ahora bien; los testigos mencionados aluden cada uno por su lado, a que el cargamento de Inversiones Pirineos estaba parcialmente contenido en sacos de yute, inexactitud que acaso pueda ser explicable bajo la consideración de que los testigos pudieron estar determinados en su recuerdo por el abrumador mayor volumen que tenía el cargamento de Cabal respecto del de Pirineos, y que eso los llevó seguramente a decir de éste lo que sólo era de aquél. De todos modos, ese error de los testigos, en punto clave como ese, es a todas luces suficiente para descalificar sus afirmaciones en cuanto al cargamento de Inversiones Pirineos respecta.

8. En lo que a las planillas de cargue compete, basta ver que aparece fechada la iniciación de los embarques de que dan cuenta, el día 26 de febrero de 1975, es decir, en fecha en que la panela de Inversiones Pirineos se encontraba todavía en Palmira, según se hizo ver atrás bajo el punto 4, literal c), de donde se concluye que es protuberante contraevidencia, basar en ellas prueba de que aquella se encontraba en mal estado, si, por lo dicho, esas planillas se refieren es a la panela de José María Cabal.

9. Por lo que toca al informe del capitán Guerrero, el haberlo estimado el Tribunal como prueba en contra de las sociedades implica la comisión de un error de derecho que descalifica tal estimación. Efectivamente, un documento privado como ese no puede ser apreciado por el juez como prueba, sino cuando se haya realizado con respecto a él la formalidad que, de acuerdo con su naturaleza, le corresponda entre las que describe el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, lo que aquí no sucedió con el informe mencionado, cuya naturaleza descriptiva exigía que su apreciación fuera precedida de declaración testifical de su suscriptor, según el numeral 2º del artículo citado. Tenerlo como prueba contra las sociedades actoras, sin previamente revertirlo en prueba testimonial, es violar el principio de contradicción, en torno al cual está construido básicamente nuestro sistema probatorio. Por lo indicado, pues, el Tribunal violó palmariamente el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, al apreciar como prueba el informe mencionado del capitán Guerrero.

CAPITULO III

1. La suma de los diversos errores manifiestos de hecho, la mayoría, y de derecho otros, que se han dejado demostrados en los capítulos anteriores, confluyen en una gran contraevidencia "que hiere en su eje central el razonamiento que condujo al Tribunal a declarar que la compañía demandada había cumplido cabalmente el contrato que dio lugar a la litis, y consecuentemente a absolverla de las pretensiones formuladas contra ella en la demanda". Gran contraevidencia que se concreta en haber aceptado el Tribunal, contra lo que muestran todas las pruebas atrás examinadas, que efectivamente, tal cual lo rezan las notas de salvedad y limitación de responsabilidad insertadas por la Flota en el conocimiento de embarque tantas veces nombrado, la panela de cargamento embarcado por Inversiones Pirineos se encontraba en mal estado tanto respecto de sus empaques como de su contenido, cuando fue embarcado el 4 de marzo de 1975 en el buque "Ciudad de Cuenca".

La contraevidencia está en que, como resulta de las pruebas analizadas, dicho cargamento se encontraba en buen estado tanto respecto de su empaque, como de su contenido.

2. Y nótese que las pruebas que de manera tan aplastante se oponen a esas constancias del conocimiento de embarque, establecen la anunciada contraevidencia en dos sentidos: a) Bien directamente, porque destruyen en sí mismas tales constancias, las despojan de toda significación en términos tales que prácticamente, porque sin llegar a tanto como aquello, simplemente se considere que tales probanzas contraprueban lo que en principio las constancias acreditarían, observación ésta que toma su apoyo en el artículo 1021 del Código de Comercio, en virtud del cual la carta de porte, en el contrato de transporte en general, admite prueba en contrario respecto de las condiciones del contrato que en ella aparezcan expresadas; y encuentra apoyo más inmediato en el artículo 1618 del mismo Código, relativo al contrato de transporte marítimo en general, y más precisamente al celebrado "bajo conocimiento", artículo 1650 *ibidem*, artículo 1618 citado que enseña que el remitente está habilitado para demostrar en contra de lo que rece el conocimiento de embarque en punto a estado y calidad que tenía la cosa al momento del embarque, para efectos de la responsabilidad que sobre el particular compete al transportador. En todo caso, lleguese a la contraevidencia por

una u otra de las vías indicadas, las consecuencias no varían, pues son unas mismas.

3. Como en el proceso no se ha planteado la menor discusión en torno a que la travesía marítima entre Buenaventura y Balboa se cumplió con toda normalidad, que durante ella no ocurrió nada que tenga influencia en el problema jurídico de autos, es apenas natural entender, como lo entendió el Tribunal, que la panela llegó a Panamá, tras unas pocas horas de viaje, en las mismas condiciones de embalaje y calidad que tenía cuando salió de Buenaventura. Sólo que, y aquí es donde aflora la trascendencia de la contraevidencia en que incurrió el Tribunal, éste consideró, siguiendo la línea de sus errores, que de parte de la Flota el contrato quedaba estrictamente cumplido, y que así lo cumplió, entregando lo que recibió: la panela en mal estado que había transportado. Cuando la realidad es que si la panela que recibió en Buenaventura se encontraba en buen estado, como se demostró atrás, obviamente al entregar una que se hallaba en mal estado entregó otra distinta a la que de acuerdo con el contrato debía entregar; de donde se sigue que incumplió el contrato de transporte y es, por consiguiente, responsable de los perjuicios. En síntesis, el Tribunal absolvió a la empresa demandada sin haber lugar a ello, y, por tanto, infringiendo las normas de derecho sustancial relativas al contrato de transporte en general, al de transporte por mar y al más específico de transporte bajo conocimiento, que más adelante se indicarán.

4. Inútilmente, porque dentro de la manera de ver el Tribunal las cosas, era suficiente para absolver, partir de la base de que la panela transportada se encontraba en mal estado cuando se embarcó, la sentencia trae consideraciones secundarias no trascendentes, arrojadas intermitentemente a lo largo de una amontonada relación de hechos, para aparentar darle respaldo adicional a su conclusión básica de que la sociedad demandada cumplió rigurosamente el contrato.

Pues bien, aunque paralelamente pueda ser también inútil aludir aquí a esas consideraciones marginales, por no ser trascendentes, ellas también están viciadas de errores manifiestos de hecho, como pasa a verse.

5. El Tribunal, por ejemplo, trata de sugerir (dentro de una táctica equívoca de no decir clara y terminantemente las cosas, que campea en la mayor parte del fallo), que la pasividad de Almadelco y de Inversiones Pirineos frente a las

notas insertadas por la Flota en el conocimiento, hace suponer que fueron aceptadas. Esto lo deduce, respecto de Almadelco —representante de Inversiones Pirineos en el embarque—, de la declaración de Baudelino Aguas, quien ciertamente afirma en su declaración (folio 91 del cuaderno número 2), que “la documentación correspondiente a este embarque inclusive el conocimiento de embarque original por 23.327 cartones fueron entregados al representante del exportador que estaba en puerto y llevados a Bogotá para las diligencias concernientes”. Pero no resulta difícil establecer que en este punto de la declaración del testigo Aguas hay una manifiesta confusión, pues uno de los temas sobre los cuales no media discusión alguna entre las partes, demostrado como está por lo demás en el proceso, es el de que los originales de la documentación, primordialmente el conocimiento de embarque negociable, quedaron en poder de la Flota, a título de retención y como garantía, obviamente, de que se concedía crédito para el pago de los fletes. Desde la contestación de la demanda, concretamente al hecho 10, la parte demandada reconoció y aceptó que había retenido en su poder los originales de la documentación hasta el 17 de marzo, cuando fueron entregados a Jorge Hernán Londoño (en sobre cerrado, dice éste y sin que se diera por lo tanto cuenta de su contenido), para ser remitidos a su turno al Banco Cafetero (Panamá), consignatario del cargamento y a Exportadora Pacífico, destinataria del mismo. Las propias oficinas de la Flota en Bogotá, según télex interno dirigido por ellas a sus agentes de Buenaventura (folio 5, cuaderno número 3), aportado al proceso por la misma Flota con ocasión de la inspección judicial de folio 126 del cuaderno número 3, dieron orden expresa de que se les enviarán “todas las copias de conocimientos de embarque”. Y en el convenio de embarque que precedió al contrato mismo de transporte (folio 2 *ibídem*), y traído al proceso en la misma forma que el télex a que se acaba de aludir, expresamente se pactó que la Flota se reservaba “el derecho de retener los conocimientos de embarque originales, hasta tanto hayan sido cancelados los fletes”. Todo lo cual resulta confirmado por el télex de la Flota anunciando el 18 de marzo a su agente Wachtel en Panamá, desde Bogotá, el envío al consignatario de los originales del conocimiento previniendo a aquél para que los exija a éste (se supone obviamente que para efectos de la entrega del cargamento), (folio 54, cuaderno número 7). Y resulta también de la declaración de Alberto Tisnés Sierra (folio 278, cuaderno número 3),

Gerente del Banco Cafetero en Panamá, y de la carta del mismo dirigida al juez *a quo*, ratificada en aquella declaración (folio 152 *ibídem*).

6. Si hubiera reparado en las pruebas a que se acaba de aludir, el Tribunal habría advertido el error del testigo Baudelino Aguas y se habría abstenido de apoyar en él su afirmación de que el propio día del embarque Almadelco aceptó tácitamente las notas insertadas en el conocimiento, al haberlo recibido sin reclamo.

7. Ahora, que Inversiones Pirineos, el consignatario y el destinatario no objetaron las notas cuando tuvieron conocimiento de ellas, y que eso se tenga como asentimiento a las mismas, resulta desconcertante. Ellos sólo pudieron tener conocimiento de tales notas cuando ya la mercancía había llegado a Balboa. “Ya consumado el transporte, ¿qué podía hacerse? ¿Cómo puede ser compatible con una situación ya creada, lo que no podía evitarse sino antes de esta producirse?”.

8. Pero, aparte de todo lo anterior, cualquiera que haya sido el momento en que se tuvo conocimiento de las notas, nada los obligaba a ellos a observar una conducta especial para escapar al significado de éstas. Habían sido puestas sin su conocimiento, a espaldas suyas, y eso bastaba para que no los afectara. Hubo, pues, error manifiesto de hecho al ver asentimiento táctico donde no lo hubo ni podía haberlo.

9. La circunstancia comentada bajo el numeral precedente, o sea que la Flota tenía en su poder los originales del conocimiento de embarque y que los tuvo retenidos hasta el 17 o 18 de marzo, esto es, casi dos semanas después de la llegada del barco a Balboa y de ocurridos los problemas surgidos allí con ocasión del descargue, saca a la superficie otro error manifiesto de hecho cometido por el Tribunal con su reproche al consignatario y al destinatario por no haber suministrado en Balboa camiones para el desembarque, en la forma exigida por las autoridades del Canal. Parece obvio que no teniendo ellos en su poder el conocimiento de embarque original, o sea el negociable, no tenían cómo legitimarse ante la compañía del Canal para que el cargamento les fuera entregado. Sin que pueda decirse que había mora en el pago de los fletes, porque la retención supone concesión de plazo para su cancelación, y aquí no se sabe cuál fue, ni si estaba vencido. La verdad es que no sólo como transportadora, sino como tenedora del conocimiento, era la Flota a la que le correspondía velar y hacer todo lo necesario para que el des-

cargue de la panela de Inversiones Pirineos se cumpliera normalmente, y en todo caso de manera que la sustrajera a todo riesgo. Recuérdese que la responsabilidad del transportador dura hasta la entrega, y que por eso son de cargo de él, como deudor de la cosa, las diligencias que sean necesarias para llevarla a cabo (artículo 1627 del Código Civil Colombiano, en relación con el 1603 *ibídem* y el 871 del Código de Comercio). Además, ocurre que al hacer los aludidos reproches al consignatario y al destinatario, el Tribunal no vio que, conforme a las cláusulas impresas al respaldo del conocimiento de embarque (traducidas oficialmente en versión que obra a folios 175 y siguientes del cuaderno 3), la Flota estaba ampliamente autorizada por el remitente para hacer por cuenta de éste todas las gestiones que para la debida ejecución del contrato de transporte fueran necesarias. Contratos por adhesión, como éste, deben tener aplicación más rigurosa y estricta contra la parte que lo impone, buscando ante todo su propia protección, y en ese espíritu está inspirado el 2º inciso del artículo 1624 del Código Civil.

10. El Tribunal hace otro capítulo en favor de la Flota del hecho de que, afirma, a la postre la panela desembarcada en Panamá hubiera sido recibida por agentes del destinatario y de Inversiones Pirineos, sin que se hubiera formulado reparo u observación alguna.

Lo cual es gran inexactitud y "es convertir con notoria injusticia en arma contra una persona lo hecho por ella en parte por presión ajena, y en parte por espíritu de colaboración y para evitar males mayores. Si, convencidas como estaban las sociedades actoras, con toda razón conforme se desprende de todas las pruebas anteriormente examinadas, de que la Flota pretendía entregarles un objeto distinto al que le habían confiado para su transporte, porque su mal estado indicaba por sí solo que no era el que en buen estado se había embarcado, era apenas natural que se negaran a recibirlo, como en efecto se negaron legítimamente a hacerlo así. ¿Cómo no ver en ello una protesta, la más elocuente que pudiera darse al respecto? Que no se borró por el hecho de que, ya transcurrido algún tiempo desde el desembarque, se hubiera optado por recibir la panela que quedaba, en el pésimo estado en que se hallaba. Así hubo de hacerse, pero ante las presiones y amenazas de las autoridades panameñas, que ordenaron botar la panela al mar si no era retirada por Inversiones Pirineos, o por el Banco Cafetero o por Exportadora del Pací-

fico, como se ve claramente de las comunicaciones visibles a folios 13, 13, 14 y 16 del cuaderno número 1, dirigidas por la Flota a Inversiones Pirineos, y de otros documentos que obran a folios 103 y 105 del mismo cuaderno, entre muchos más que pudieran citarse. Jorge Hernán Londoño aceptó que se habían recibido los residuos en referencia, pero aclarando que por las presiones aludidas, conforme se lee en la declaración de parte rendida por él y visible a folios 77 v. y siguientes del cuaderno número 2, declaración que no puede escindirse tomando de ella sólo lo desfavorable al confesante, pero desechando lo favorable a él, inseparable de lo primero, cual lo hace el Tribunal en su fallo, con olvido del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, y cometiendo por ende, error de hecho manifiesto. En esa misma declaración pone de manifiesto el representante de Inversiones Pirineos, introduciéndole un nuevo elemento indivisible a su confesión, que al recibo de la panela se accedió finalmente para evitar mayores perjuicios de los que ya se habían causado".

11. No quiso ver el Tribunal en las cartas del 3 y 17 de abril de 1975, dirigidas por Exportadora Pacífico S. A. a la Flota (folios 21 y 107 del cuaderno número 1), manifestación de protesta respecto de la panela que se estaba recibiendo, y se deshizo como pudo, es decir, caprichosa y equivocadamente, del obstáculo que ellas significaban para su idea de que se había recibido sin protesta la mercancía transportada.

En efecto: respecto de la carta de 3 de abril lo primero que se le ocurrió decir fue que faltaba prueba de que esa carta hubiera sido recibida por la Flota, con lo que cometió el primer error de hecho, imputable a deficiente estudio del expediente. Porque si hubiese sido leída con la indispensable atención la declaración de Edmund M. Wachell, Gerente de Wilford & Mc Kay de Panamá, agentes allí de la Flota Mercante Gran-colombiana, como en la misma declaración lo expresa el testigo y se acepta por lo demás desde la contestación de la demanda y en la carta dirigida por la Flota al apoderado entonces de las ahora demandantes (folios 38 y siguientes, cuaderno número 1); si hubiese sido bien leída esa declaración, obrante a folios 16 a 18 v. del cuaderno número 7 y rendida ante el Cónsul de Colombia en Colón, República de Panamá, se habría visto que al ser interrogado por el apoderado judicial de la Flota acerca de si como agente naviero de ésta había recibido reclamación alguna de los interesados a raíz del retiro por

estos del cargamento respondió: "Del Banco Cafetero de Panamá, no recibí reclamo alguno; tampoco de Inversiones Pirineos. *De Exportadora Pacífico se recibió una carta al mes de recibido el cargamento, en que decían que el conocimiento de embarque no era igual a uno que ellos tenían, y unas semanas después una carta en que decían que el cargamento que se encontraba en Balboa no era el que ellos habían despachado*". Fácilmente se deduce, relacionando las circunstancias de tiempo y de contenido a que se refiere el testigo respecto de las dos cartas que menciona, y habida cuenta además de que Exportadora del Pacífico opera en la Zona del Canal, que la primera de dichas dos cartas corresponde a la de 3 de abril de 1975 que el Tribunal dice no haber constancia de que la Flota la hubiera recibido. Si la recibió Wachell para Wilford and Machka, agentes de la Flota en Panamá, eso significa que fue recibida por la Flota misma, pues el agente marítimo es representante del armador o explotador de la nave, para todos los efectos relacionados con ésta y con el contrato de transporte marítimo (artículos 1489 y 1492 del Código de Comercio).

En cuanto a los otros reparos que le hace a esta carta, para desecharla como reclamo, son absolutamente acomodaticios. En efecto: que se haya referido esa reclamación a diferencias entre ejemplares del conocimiento de embarque por razón de las notas de salvedad insertadas en algunos de ellos por la Flota, indica, interpretada la carta con alguna inteligencia, que a lo que en realidad se refiere es a que media diferencia entre el cargamento afectado por dichas notas y el efectivamente embarcado, en buen estado, en Buenaventura. A más de que en un título valor representativo de mercancías éstas se consideran incorporadas en él, de modo que lo que se diga del título ha de entenderse dicho de las mercancías, sucede que en este caso el párrafo de la carta de 3 de abril le da completa certidumbre a aquella interpretación, pues él hace expresa mención a que el cargamento de panela fue entregado para su embarque (se entiende que en Buenaventura) "en perfectas condiciones tanto de producto como de empaque".

Para la carta del 17 de abril, que sí admite como recibida por la Flota, son otros los reparos. La califica por el detalle, enteramente accidental e irrelevante para el caso, de que en ella se habla de panela "que estamos retirando", cuando la verdad es, dice el Tribunal, que "esta panela sólo vino a ser retirada mucho tiempo des-

pués". Recuérdese que Edmund M. Wachell, en declaración suya, alude también a esta carta. Agrega el Tribunal otra razón no menos débil contra dicha carta: que alude sólo a la panela descargada en Balboa, no a la de Cristóbal, como si uno y otra no correspondieran al mismo conocimiento de embarque de que la carta habla; y como si, en el peor de los casos, el reclamo no fuera válido siquiera con respecto a la panela descargada en Balboa, si en gracia de discusión dejara de tenerse en cuenta respecto a la panela descargada en Cristóbal. Dice, todavía más, el Tribunal, que esta carta de 17 de abril no expresa en qué consiste la falta de correspondencia entre los dos cargamentos de panela de que habla. Como si fuera poco haber dicho que la panela que la carta identifica como situada en el muelle 18 de Balboa, que se sabe fue la que se descargó allí, considerada como parte del cargamento de Inversiones Pirineos, es distinta a la del conocimiento de embarque, o sea que se trataba de intentar cumplir la obligación de entregar la panela exactamente debida, entregando otra distinta.

12. A ambas cartas les hace el Tribunal el reproche de ser tardías con relación al momento en que Exportadora recibió el conocimiento de embarque y por lo tanto "de ser sabedores de su especial contenido adicional".

Aquí involucra el Tribunal temas diversos, haciendo especialmente difícil el enjuiciamiento lógico de la sentencia. Aludiendo sólo al primer punto, pues el relativo a saber cuándo fueron conocidas las notas de salvamento, ya que quedó aclarado atrás, cabe observar que apenas suponiendo que en el evento de autos se tratara de un caso de avería o de pérdida parcial de la mercancía objeto del contrato de transporte, podría entenderse que el Tribunal exija términos especiales para formular objeciones contra la mercancía entregada por el transportador, porque el artículo 1028 del Código de Comercio, relativo al transporte en general, exige reclamación inmediata cuando se trate de pérdida parcial, saqueo o avería.

Pero cuando se trata de *pérdida total*, que a ello equivale no entregar al destinatario o consignatario, sino cosa distinta, así sea del mismo género no habla la ley de momento alguno en que deba formularse el reclamo. En un caso como el considerado, equivale a extravío, para lo que hay plazo es para hacer exigibles los derechos y acciones contra el transportador, según el inciso final del artículo 1024 del Código de Comercio.

Quiere decir, por tanto, que bajo el falso entendimiento de que aquí se trata de hipótesis distinta a la de pérdida o extravío del objeto transportado, el Tribunal incurrió en el error manifiesto de considerar tardías las cartas de reclamo que a la Flota le dirigió la destinataria el 3 y el 17 de abril.

13. Como ya se vio y se rebatió, el Tribunal estimó que la Flota había cumplido cabalmente el contrato de transporte cuando puso a disposición del consignatario y del destinatario del cargamento remitido por Inversiones Pirineos la panela que para ellos desembarcó parte en Balboa, primero, y el resto, luego, en Cristóbal, considerándola como exactamente la misma que se había embarcado en Buenaventura. Adoptada esa conclusión, como ya también se hizo ver, era obvia la absolución del demandado (aunque equivocada, a todas luces, como se está demostrado), y "por lo mismo se hacía superfluo aludir a razones que fueran independientes de aquella premisa central o viga maestra del fallo y, más propiamente, que fueran incompatibles con ella por ésta excluirlas de suyo". Más o menos eso es lo que ocurre con las consideraciones secundarias y marginales del fallo que a partir del número 4 de este capítulo, se han venido tratando. Y es lo que más a cabalidad y plenitud sucede con el punto que el Tribunal toca en el numeral 12 de su sentencia, cuando expresa, como motivo que justifique la absolución de la empresa demandada, que en el proceso no está acreditada la confusión entre los cargamentos de panela de Inversiones Pirineos, de un lado, y de José María Cabal, de otro, confusión a la que las demandantes atribuyen el incumplimiento del contrato por la empresa demandada. La circunstancia anotada, esto es, que lo de ausencia de prueba de la tal confusión sea el tema más nítidamente superfluo, respecto a la verdadera o esencial motivación del fallo impugnado, excusaría que se omitiera hacerlo objeto de censura, pues ello no comprometería técnicamente la suerte del recurso. Sin embargo hay interés por lo menos práctico en tratarlo —dice el censor—, pues da ocasión a que indirectamente al menos se refuercen las críticas ya hechas a la argumentación medular del pronunciamiento del Tribunal.

14. Resulta que, según el Tribunal, en los autos no está probado que se hubiera producido, con ocasión del transporte la confusión de los cargamentos de panela tantas veces nombrados. Pero tal confusión sí está demostrada, y en eso

también incurre el Tribunal en vicio de contraevidencia.

15. En primer término, concurrían muchos factores que hacían en extremo susceptible de producirse esa confusión: Se trataba del mismo producto; las marcas de procedencia coincidían parcialmente, el agente encargado de las gestiones relacionadas con el embarque era uno mismo —Almadelco—; e iban a transportarse en el mismo barco y en el mismo viaje, con igual destino, además. Se diferenciaban en cuanto a algunas marcas, en cuanto a que el cargamento de Inversiones Pirineos iba en su totalidad empacado en cartones y el de José María Cabal no sólo en cartones sino también en sacos de yute, y sobre todo en que el primero se encontraba en perfectas condiciones, tanto de empaque como de contenido, al paso que las condiciones del segundo a esos respectos, eran malas, por no decir que pésimas. Diferencias éstas, sobre todo la última, que prácticamente quedaban ahogadas frente a la mucha mayor cantidad de unidades integrantes del cargamento de José María Cabal (más de 72.200 cartones y sacos de yute), que las del cargamento de Inversiones Pirineos (que era de unos 23.300 cartones). Precisamente por los grandes riesgos y posibilidades de que la confusión se produjera, fue que se tomaron precauciones al embarcar los cargamentos en el "Ciudad de Cuenca", estibándolos en lugares de las bodegas del barco que precavieran ese riesgo. Todas estas circunstancias están reconocidas en la sentencia del Tribunal y sobre ellas no existe desacuerdo entre las partes, excepción hecha de las diferencias en cuanto a calidad y estado de los cargamentos, como resulta especialmente de la demanda, de su respuesta, y de la carta de 16 de enero de 1976, dirigida por la Flota al apoderado de los demandantes visible a folios 38 y siguientes del cuaderno número 1.

16. Pero lo cierto y evidente es que las medidas de precaución tomadas no dieron el resultado querido, pues la temida confusión de cargamentos se produjo. Y es inobjetable que así sucedió porque la verdad es que la panela descargada en Balboa y Cristóbal como si fuera el cargamento empacado en cartones, de buena calidad en el empaque y en el contenido, embarcada en Buenaventura por Inversiones Pirineos, resultó ser panela que se encontraba en mal estado, y empacada en cartones y sacos de yute. Es decir, otra muy distinta. Ya se vio atrás, mediante la cita de las pruebas pertinentes, que ese era el estado y condición de la panela desembar-

cada en los puertos aludidos. Como durante el viaje no hubo averías, ni cambios de empaque, es claro entonces, como se ha dicho, que la confusión aludida tuvo que producirse, pues de otro modo no podía suceder lo que ocurrió.

17. Todo indica que esta confusión entre los cargamentos se produjo con ocasión del descargue del barco a su llegada a Balboa. Así resulta de las siguientes pruebas:

a) La empresa demandada, al contestar la demanda, y más concretamente al darle respuesta al hecho 28 de ésta, hacia el final, le da plena acogida y tiene como suya la carta de 16 de enero de 1976, número SRS 1011051, dirigida al doctor William Salazar L., como antes se dijo, por el doctor Carlos A. Torres G., Jefe de la Sección de Reclamos. Pues bien, en esa carta se lee, último párrafo de su punto 7º, que "si hubo confusión, ésta pudo ser hecha por los estibadores en Balboa, que no son empleados de Grancolombiana, sino de la Panamá Canal Company. El buque abrió sus escotillas y los estibadores encontraron que la panela del señor Cabal Rivera estaba en el fondo de las bodegas ... La confusión, si la hubo, no pudo ocurrir sino al descargue o después de éste. El descargue lo realiza gente del terminal y no gente de la Grancolombiana".

La Flota, pues, "se lava las manos" diciendo que, para efectos del descargue en Balboa, las escotillas del barco fueron abiertas para darle acceso al personal de estibadores encargados de hacer las tareas del desembarque, y que si algo pasó allí la culpa es de la Compañía del Canal. En la contestación de la demanda se procura enmendar un poco esta explicación, agregándose que el descargue se hizo bajo la vigilancia de personal de la Flota. Pero lo cierto es que no hay prueba de cómo se hizo ese control; sólo se sabe, en virtud de la confesión comentada, que el personal de la Compañía del Canal fue el que retiró los cargamentos, y eso sólo hace suponer que fue en esa oportunidad cuando se produjo la confusión, bajo el auspicio de todas las relaciones de identidad que existían entre los cargamentos, según se vio atrás. Identidad que se extendía hasta los propios conocimientos de embarque que habrían de guiar el descargue, pues ambos tenían las mismas notas de salvedad y limitación de responsabilidad, con igualdad hasta en sus textos, puestas tales notas, como ya se demostró, para acatar la orden que se había impartido de observar toda clase de precauciones a fin de impedir que la Flota pudiera resultar perjudicada, mediante la ya comentada comunica-

ción de folio 1 del cuaderno número 3, dirigida a las oficinas de la Flota en Buenaventura por el Jefe de su División Comercial.

Ni qué decir lo que significa como reconocimiento de una manifiesta conducta culposa e irresponsable de la Flota, el aceptar que el descargue se hiciera de ese modo, es decir, con total olvido de que la entrega de la cosa transportada es obligación muy especial del transportador, en razón de lo cual la ley lo coloca bajo una responsabilidad particularmente rigurosa y exigente, cuya observancia se inicia desde el momento mismo del cargue, se extiende a las etapas o momentos posteriores de la ejecución del transporte, y se sitúa por lo tanto, como no podía ser menos, en el paso del descargue (artículo 1600-2, Código de Comercio). Constituye descuido inexcusable en el transportador, así un régimen particular le impida hacer él mismo el descargue, atenerse a esto último y desentenderse entonces de cómo la empresa descargadora reciba las cosas para descargarlas. Si en este caso hasta allí llega su responsabilidad, conforme al artículo 1606 del Código de Comercio, no puede considerarse desembarazado de ella frente al consignatario, al destinatario y al remitente, sino demostrando que entregó las cosas a la empresa descargadora en el estado en que las recibió al ser cargadas, lo que no puede ser sino exhibiendo el correspondiente recibo, suscrito por tal empresa. En el caso particular de este litigio no se expidió recibo de los cargamentos de panela por la empresa del terminal marítimo de Panamá, o de la Compañía del Canal, como adelante se verá;

b) No se sabe cómo se descargó el cargamento amparado con el conocimiento número 1, o sea el remitido por Inversiones Pirineos, ni la suerte que corrió. Se ha dicho, sin prueba alguna que lo establezca en realidad, que una parte de él se descargó en Balboa, y otra parte en Cristóbal; pero, por el contrario, lo que verdaderamente se halla establecido, inclusive porque así lo viene sosteniendo la Flota desde cuando se le hizo la reclamación extrajudicial que contestó con la varias veces citada carta de folio 38 del cuaderno número 1, es que la panela allí descargada se encontraba en muy mal estado, y que entre ella figuraba parte empacada en sacos de yute, lo cual es suficiente para deducir que no era, no podía ser, la que se embarcó a nombre de Inversiones Pirineos en Buenaventura. Lo que también se sabe, en virtud de carta dirigida por James T. Bird a Wilford & Mc Kay, el 11 de diciembre de 1975, cuya traducción oficial obra

a folios 2 a 3 del cuaderno número 7, invocada por la Flota en su tan citada carta del 16 de enero de 1976 (folio 39, cuaderno número 1), y por lo mismo en la contestación de la demanda (respuesta al hecho 28), es que el descargue en Balboa se hizo entre el 6 y el 18 de marzo de 1975, y que únicamente retiró panela de la descargada la firma Azucarera Nacional, consignataria del cargamento remitido por José María Cabal, afirmaciones estas que en términos generales coinciden con lo que dice Edmund M. Wachell en su declaración de folios 16 y siguientes del cuaderno número 7, era obvio, por lo demás, y eso apaga las quejas que por eso le formula la sentencia, que la parte ahora demandante no se hubiera presentado con camiones a retirar su cargamento, ni aun suponiendo que el que se le ofrecía fuera en verdad el suyo, pues para entonces disfrutaba del crédito que se le concedió para el pago de los fletes, lo que quiere decir que los originales del conocimiento de embarque, indispensables para poder retirar el cargamento, se encontraban en poder de la misma Flota. La situación que se deja descrita no deja otra sensación que la de la completa confusión de los cargamentos de panela, una vez descargados en Panamá. Luego no es cierto, como el Tribunal lo afirma, que no haya en el proceso prueba de tal confusión;

c) Hay otra carta de James Bird de 29 de diciembre de 1975, dirigida por él como Director General de la División de Terminales de la Zona del Canal, en respuesta a otra de Exportadora del Pacífico (cartas cuyos originales en idioma inglés con sus respectivas traducciones oficiales obran a folios 168 a 173 del cuaderno número 3), ratificada la de Bird, mediante declaración suya rendida ante el Cónsul de Colombia en Colón (Panamá), que obra a folio 272 del cuaderno número 3, carta en la cual el citado Bird declara que la panela descargada en Cristóbal como del cargamento de Inversiones Pirineos, lo fue de las bodegas 2 y 3 del "Ciudad de Cuenca". Dígase, entonces, si esto no significa confusión entre los cargamentos de Inversiones Pirineos y de José María Cabal, visto que como lo pone de presente la sentencia, está aceptado por las partes, y surge con mayor evidencia aun del plano de estiba visible a folio 122 del cuaderno número 1, y aportado al proceso por la Flota con la contestación de la demanda, era en las bodegas números 2 y 3 del barco donde venía el cargamento de panela de José María Cabal, al paso que la de Inversiones Pirineos venía en sitio muy distinto, escogido precisamente para evitar con-

fusiones, como eran los *entrepuestos* de las bodegas 2 y 3. Luego la panela que se descargó en Cristóbal correspondía al cargamento de José María Cabal, no al de Inversiones Pirineos como lo ha venido sosteniendo la Flota desde un principio;

d) También constituye prueba de la confusión que el Tribunal dijo no estar acreditada en el proceso, incurriendo así en manifiesto error de hecho, el informe rendido por el Capitán Virgilio Guerrero L., quien comandaba el "Ciudad de Cuenca" en el viaje Buenaventura-Balboa que aquí interesa, informe rendido a las oficinas principales de la Flota en Bogotá con fecha 26 de agosto de 1976, acompañado por la empresa demandada como prueba al contestar la demanda (folios 124 y siguientes, cuaderno número 1).

Antes de examinar esta prueba, conviene advertir que si, como atrás bajo el numeral 9 del Capítulo II se expresó y se explicó, ella no es oponible a las sociedades demandantes, puesto que no ha sido convertida a prueba testimonial (artículo 277-2, Código de Procedimiento Civil), sí es en cambio oponible a la parte demandada, al haberla presentado ella como prueba con la contestación de la demanda, y por solo ese hecho tenerse como reconocida su autenticidad por dicha parte (artículo 276 del Código de Procedimiento Civil).

Aclarado ese punto, se destaca que en dicho informe, elaborado con vista en las órdenes planillas de embarque y descargue, según en el mismo se pone de presente, el Capitán Guerrero se refiere al desembarque en Balboa en los siguientes términos: "Recuerdo que en el Puerto de Balboa C. Z., el descargue fue de lo más intrincado: 'éste se efectuaba desde el buque a los camiones de los destinatarios . . . No podemos sacar conclusiones de la forma en que se efectuó la descarga de una manera discriminatoria, día a día . . . Tratando de descifrar las planillas de descargue de Balboa C. Z., se aprecia que debían descargarse del lote correspondiente al conocimiento de embarque (B/L. número 1) —es decir, aclara el suscrito apoderado, el del cargamento de Inversiones Pirineos— 9.050 cartones de panela de 54 libras cada uno y 14.277 de panela de 44 libras cada uno, para un total de 23.327 cartones . . . siendo sus destinatarios Exportadora Pacífico S. A., Panamá, R. de P.; según la citada planilla de tarja se descargaron 27.266 cartones de ambos pesos. En la planilla hay las siguientes anotaciones en inglés: Excess 3939 CTNS applied to: Azucarera Nacional".

Del transcrito informe se deduce más de un dato indicativo de confusión de los cargamentos, con ocasión de su descargue: está, de entrada, el desorden mismo de las planillas de descargue, tanto que el informante dice que tuvo que *descifrarlas*; es de suponer, que si hubo desorden para la elaboración de las planillas, otro tanto o mucho más debió ocurrir con el manejo de los cargamentos desembarcados. Pero más importante que lo anterior es el hecho de que consistiendo el cargamento de Inversiones Pirineos en 23.327 cartones, como era la verdad, se hubieran descargado como propios de ese mismo cargamento 27.266 cartones, es decir, 3.939 cartones más de los que correspondían, lo cual de todos modos significa, necesariamente, que entre la panela descargada como de Inversiones figuraban, cuando menos, 3.939 cartones de la panela de José María Cabal, lo que de suyo ya deja evidenciada una confusión entre los dos cargamentos. Y no se arguya que el haber afirmado el Capitán Guerrero que para dar esos datos tuvo necesidad de descifrar las planillas de descargue, debilita su información; porque de todas maneras el informe transcribe una constancia de la planilla unificada de descargue que, independientemente de la exactitud del monto del exceso, establece la realidad de que hubo un exceso, y que lo haya habido es bastante para que la confusión esté acreditada. No otra cosa implica, ciertamente, que en esa constancia se instruya sobre el modo de proceder con el excedente desembarcado.

Pero aún es más, lo que, respecto de confusión de los cargamentos, acredita el informe comentado. En otra parte de ese informe describe el Capitán Guerrero algo muy significativo, sucedido con ocasión del descargue realizado en el Puerto de Cristóbal: allí, afirma el Capitán Guerrero, tenidas en cuenta las planillas de carga, debían descargarse 10.000 cartones de los del cargamento de Inversiones Pirineos, habiéndose descargado efectivamente 9.244 como de tal cargamento. Pero, entonces, si así fueron las cosas, viene a resultar que si ya en Balboa se habían descargado 27.266 cartones, es decir, 3.939 más de los embarcados como de ese cargamento; y si en Cristóbal se descargaron otros 9.244 cartones imputados a ese mismo cargamento, a lo que se llega es a que en total se desembarcaron 13.183 cartones del cargamento de Inversiones Pirineos *en exceso* sobre los que eran en realidad, lo cual ya desde el simple punto de vista cuantitativo denuncia equivocaciones manifiestas en el descargue de los dos cargamentos, y permiten pen-

sar que "si eso ocurrió en cuanto a la cantidad, mucho más fácil de controlar indudablemente, ¿qué no pudo ocurrir con la confusión de cantidades?";

e) Como aparece expresado en la sentencia impugnada, y resulta por demás de la contestación de la demanda, de la carta de la Flota al doctor William Salazar L. de folio 36, cuaderno número 1 tantas veces invocada, y de las cartas y declaraciones de James Bird y E. M. Watchell mencionadas atrás, el "Ciudad de Cuenca" pasó de Balboa a Cristóbal, con el fin de descargar el saldo de la panela de Inversiones Pirineos, que, como se recuerda, iba estibada en los entrepuentes de las bodegas 2 y 3 del barco. Pues bien: de las copias pertinentes del cuaderno de Bitácora que obran a folios 215 y siguientes del cuaderno número 3, y especialmente de lo anotado en la hoja correspondiente al 19 de marzo de 1975, fecha en que se llevó a cabo el descargue en Cristóbal, se deduce que este descargue se hizo de panela que se encontraba en las bodegas 3 y 4 del barco, mejor, en el fondo de tales bodegas (a ello se refieren las iniciales LH, que significan Lower Hall, escritas en tales anotaciones). Y como la panela del cargamento de José María Cabal iba precisamente en el fondo de dichas bodegas 2 y 3, según las pruebas ya vistas, se hace incontrovertible el hecho de que en Cristóbal se desembarcó panela de este cargamento, no del de Inversiones Pirineos, y que por lo mismo no asiste la razón a la empresa demandada, ni al Tribunal, cuando afirman que allí se desembarcó panela de Inversiones Pirineos. Es otra prueba más, entonces, de que se produjo la confusión de cargamentos en referencia;

f) Como se ha visto, en los muelles de Balboa y Cristóbal fue descargada una panela que se dijo correspondía al cargamento de Inversiones Pirineos, panela que en virtud de presiones ejercidas sobre las compañías demandantes y además porque éstas quisieron colaborar ante la amenaza de que el cargamento iba a ser arrojado al mar, ellas aceptaron al fin recibir, para evitar así que se causaran mayores perjuicios, pero dejando constancia expresa de que esa panela no correspondía a la remitida con el conocimiento número 1 y de que se reservaban el derecho de reclamar por los daños sufridos. Así lo dejó claramente sentado Exportadora Pacífico en su carta de 17 de abril de 1975, visible a folio 20 del cuaderno número 1. También se sabe, sin que sobre el particular medie discrepancia alguna, que la panela en mención fue recibida por intermedio de la firma Transit S. A., que la almacenó

en sus bodegas y en las de Aeroventas Internacionales S. A. en la zona libre de Colón (certificación de folio 17, cuaderno número 1).

Pues bien: encontrándose este cargamento almacenado allí, fue sometido a la inspección y examen de los agentes en Panamá de la firma Lloyd's de Londres, internacionalmente famosa por su seriedad y eficiencia. El informe respectivo, fechado el 12 de junio de 1975, esto es, a poco de ocurrido el almacenamiento, cuyo original y la traducción oficial del mismo, obran a folios 185 y 174 del cuaderno número 1, y fue ratificado mediante declaración rendida bajo juramento por su firmante, Jorge Estenez, como puede verse a folio 274 del cuaderno número 3. Dicen estos documentos y declaración, varias cosas de importancia para acreditar la confusión de cargamentos a que se viene haciendo mención:

De una parte, que la panela examinada estaba contenida en cartones de 25 kilos netos de peso, en su totalidad, cuando en verdad, como consta en el conocimiento de embarque respectivo, sólo una parte del cargamento embarcado en Buenaventura, exactamente 9.050 cartones, lo fue en cartones de 25 kilos; el resto fue embarcado en cartones de 20 kilos. Primer dato indicativo de falta de identidad con el cargamento de Inversiones Pirineos y por lo mismo, de confusión con el de José María Cabal, que sí estaba empacado en parte muy considerable en cartones de 25 kilos.

De otro lado, que el cargamento almacenado como de Inversiones Pirineos y examinado por los agentes de Lloyd's, constaba de 25.937 cartones en total, cantidad mayor a la embarcada en Buenaventura y relacionada en el conocimiento, lo cual también es indicativo de falta de identidad y que, sobre todo, acredita confusión entre los dos cargamentos.

Por último, entre la panela inspeccionada por la agencia Lloyd's en Panamá figura una de marca "Idema de Contacto". Pues bien: de los conocimientos de embarque de la panela de Inversiones Pirineos y de José María Cabal, al igual que de la tan referida carta de 16 de enero de 1976, dirigida por la Flota al doctor William Salazar L. (folio 38, cuaderno número 1), se deduce sin dificultad que Inversiones Pirineos no remitió panela de esa marca, sí en cambio José María Cabal. Dato más concluyente todavía sobre falta de identidad y confusión.

Con "el particular rigor de que dio frecuentes muestras al examinar y valorar la prueba, pero conviene aclarar que no toda, sino la que pudiera ser favorable a las compañías demandantes, el Tribunal repudió la consistente en el informe de Lloyd's y la declaración que lo ratificó, con razones que no resisten análisis". Así, por ejemplo, para restarle mérito al informe el Tribunal toma en cuenta, en forma sorprendente, lo que precisamente le da fuerza: que entre la panela examinada figura una de marca igual a la de parte de la remitida por José María Cabal, no por Inversiones Pirineos. Ni cabe dudar, por otro lado, visto el contexto y las circunstancias mismas a que el informe hace mención, que la referencia a un conocimiento "número 17" es error enteramente accidental, pues a lo que indudablemente se quiere aludir allí es al conocimiento número 1. Y, por último, si el informe tiene una fecha, señala el lugar en que se hizo la diligencia, y alude a que se examinó o inspeccionó el cargamento, eso es bastante para indicar circunstancias de lugar, de tiempo y de modo que rodearon el acto de que se da cuenta, de modo que es error ostensible decir que el informe guarda silencio por esos aspectos. Lo escueto, directo y preciso de un informe, no puede ser argüido, sin más, como adverso a su credibilidad. Mención aparte merece la insólita afirmación del Tribunal de que la declaración ratificatoria del informe carece de todo mérito, dizque porque el examen o inspección de que da cuenta se practicó "sin la intervención de la empresa demandada ni la de autoridad alguna". Esto es confundir el medio de prueba con su contenido, y por eso semejante tesis supondría el absurdo de que la prueba testimonial no es apta, como tal, sino cuando los hechos de que el testigo da cuenta han ocurrido con la presencia o intervención de la parte contra la cual el testimonio se quiere oponer como prueba. En este caso parece que el Tribunal le atribuye naturaleza de peritaje a lo que no pasa de ser una pura y simple declaración, y quizás eso explique su extraño juicio;

g) De las consecuencias de la confusión de cargamentos que, como se ha visto en los literales precedentes, está superabundantemente demostrada en los autos; o hablando más ampliamente, de las consecuencias, cuya declaración se solicitó en la demanda, derivadas del incumplimiento del contrato de transporte en ella imputado a la Flota Grancolombiana, solamente habría podido librarse ésta demostrando que cumplió efectivamente dicho contrato, en lo que de ella dependía, esto es, demostrando que entregó en el lugar de

destino el cargamento de panela que recibió del remitente Inversiones Pirineos en el puerto de salida, en el mismo estado en que lo recibió. ¿La entrega a quién? A la compañía de la Zona del Canal, que como está reconocido y aceptado es a la que en virtud de los reglamentos locales le corresponde exclusivamente el descargue de los barcos que allí llegan. ¿Y cómo debía demostrar la Flota la entrega a la compañía de la Zona del Canal del cargamento de panela en referencia, en el estado en que lo recibió de los embarcadores en Buenaventura? Pues con el recibo correspondiente, firmado por funcionarios de dicha compañía.

Pero resulta que conforme a la carta de 16 de enero de 1976 (folios 38 y siguientes, cuaderno número 1), al llegar el barco a Balboa su tripulación se limitó a abrir las escotillas para que los estibadores de la compañía del Canal entraran a ejecutar las faenas del descargue. La contestación de la demanda expresa lo mismo sobre el particular, agregando apenas que tal faena fue vigilada por funcionarios de la Flota. Pero la verdad es que no está demostrada siquiera esa vigilancia, ni en general nada que confirme el deber de vigilancia y cuidado que era obligación de la Flota observar con ocasión del descargue, máxime si ella no podía hacer esa tarea por sí misma. Ni aun lo más elemental por hacer, para proteger su responsabilidad, fue hecho por la Flota: exigir recibo o documento alguno que acreditara el estado en que la compañía del Canal tomaba el cargamento para efectos de su descargue. Ningún recibo se obtuvo al respecto, y de ello se da como excusa la de que el estado de la panela no lo permitía, disculpa ésta a todas luces inaceptable, porque el recibo podía darse haciendo constar precisamente eso, que para la Flota era lo más importante. Acerca de lo anterior, es decir, de que no se expidió recibo, constancia o certificación de la entrega, es explícito el agente marítimo de la Flota en Balboa, Edmund M. Watchell, como puede verse en su declaración, a folio 17 v. del cuaderno número 1. Y en la carta de la Flota al doctor William Salazar, de folios 38 y siguientes del cuaderno número 1, que, se recuerda, fue integralmente acogida en la contestación al hecho 28 de la demanda, parte final, se lee: "Si no se hizo tarja en el descargue se debió a que las autoridades del terminal, tanto en Balboa como en Cristóbal, consideraron que era imposible por el estado de la panela y porque los cartones o cajas no tenían marcas suficientes".

Definitivamente, no hay prueba que favorezca a la Flota, en virtud de la cual pudiera pensarse que la responsabilidad de ésta de entregar la panela de Inversiones Pirineos de buen estado (como está probado directamente, y por presunción legal, que la recibió), se hubiese desplazado hacia la compañía del Canal a partir del momento en que la tomó en el barco y quedó a su cargo entregarla al consignatario. Como las sociedades actoras le entregaron el cargamento a la Flota, que fue con quien contrataron, es a ella a quien pueden responsabilizar, no habiendo prueba en contrario que la exonere del incumplimiento.

Hubo manifiesto error de hecho del Tribunal al haber dado por demostrado en los autos que con la entrega a la compañía quedó libre de responsabilidad la Flota, pues no hay prueba de entrega que permita deducir tal cosa.

18. Cuando el Tribunal afirma en su sentencia que en el proceso no está demostrado el hecho, postulado en la demanda, de que el incumplimiento que en ésta se imputa a la Flota se debió a que al descargue del barco se produjo una confusión entre los dos cargamentos de panela que en él se transportaban, es para hacerle a la parte actora la observación de que a ella correspondía la demostración de tal hecho. "En lo cual hay un error jurídico que interesa rectificar (advierte el censor que esto lo dice marginalmente al recurso de casación propiamente dicho), pues la verdad es que si en el libelo demandatorio se habla ciertamente de que hubo una confusión en los cargamentos de panela, no es porque tal confusión corresponda a un hecho legalmente constitutivo de las acciones y pretensiones deducidas en aquél (*causa petendi*), sino a un hecho secundario e intrascendente, de la estirpe de los que los procesalistas denominan "hechos simples o motivos". La "confusión" afirmada en la demanda es apenas una indicación de la que se estima fue causa material del incumplimiento imputado a la empresa demandada. Pero, desde luego, al actor no le correspondía la carga de probar cuál fue la causa de que se hubiera producido el incumplimiento, sino apenas demostrar que tenía los derechos violados con tal incumplimiento, es decir, en este caso, demostrar el contrato de transporte, como en efecto lo hizo. La verdad de lo anterior resulta con la simple observación de que si la demanda no hubiera mencionado en absoluto la comentada confusión, nada habría pasado con ello y las cosas, jurídicamente hablando, habrían quedado en las mismas".

CAPITULO IV

Y remata así el censor su extensa acusación:

1. A manera de balance de todo lo expuesto a lo largo de la extensa sustentación de este segundo cargo, puede decirse que como consecuencia final de la serie de errores de apreciación probatoria cometidos por el Tribunal, antes demostrados, "la sentencia acusada llegó a la conclusión final de que la empresa demandada había cumplido a cabalidad el contrato de transporte que motivó la demanda, y por eso culmina con sentencia totalmente absolutoria para ella. Conclusión aquella manifiestamente contraevidente, por cuanto en los autos no sólo no existe prueba de que la empresa hubiera cumplido, y era sobre ésta que pesaba la carga procesal respectiva, sino porque, por el contrario, de lo que hay prueba en el proceso es de que la empresa incumplió, pues hubo una confusión entre los cargamentos remitidos por Inversiones Pirineos y por José María Cabal, a consecuencia de la cual la empresa transportadora presentó como correspondiente al cargamento de la primera, panela de mala calidad que correspondía al cargamento del segundo. Vale decir, que el cargamento que se despachó de Buenaventura por Inversiones Pirineos, con Exportadora del Pacífico S. A. como destinataria, no llegó nunca a manos de esta última".

2. "Sin los errores de hecho y de derecho demostrados antes, el Tribunal habría llegado a conclusión absolutamente opuesta a la que adoptó, y habría por lo tanto condenado a la parte demandada a lo pedido contra ella en la demanda. Por no haber hecho esto último, el Tribunal omitió dar cumplimiento a lo que era voluntad de la ley para el caso, es decir, dejó de aplicar, y despojó por lo tanto a mis representantes del amparo legal respectivo, los siguientes preceptos":

"a) Los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, de acuerdo con los cuales la parte a quien su contraparte le ha incumplido un contrato bilateral, tiene derecho a pedir la resolución de éste con indemnización de perjuicios compensatorios";

"b) Las siguientes disposiciones del Código de Comercio, relativas al contrato de transporte en general y al de cosas en particular: artículo 981, que al definir el contrato de transporte establece que el transportador se obliga, en virtud de tal contrato, a conducir una cosa de un lugar a

otro, y a entregarla; el artículo 982, que precisa la obligación de entregar a cargo del transportador, entre otros aspectos en cuanto a que la cosa debe ser entregada sana y salvo; artículo 1020, conforme al cual es el legítimo tenedor de la carta de porte, quien puede exigir la entrega de la mercancía transportadora; artículo 1021, cuyo inciso 2º prescribe que si la carta de porte no indica la calidad y el estado en que se encuentran las cosas objeto del contrato de transporte, 'se presumirá que se han entregado al transportador sanas, en buenas condiciones y de calidad mediana'; artículo 1030, que hace responsable al transportador de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, desde el momento en que ella quede a su disposición, y hasta cuando sea entregada 'a satisfacción del destinatario o de la persona recomendada para recibirla en el sitio convenido; artículo 1031, que establece las reglas para regular la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada";

"c) Las siguientes normas del Código de Comercio, relativas al transporte de cosas por mar, en general, y bajo la modalidad del conocimiento de embarque en particular; artículo 1501, regla 9ª, parte final, según la cual la falta de mención del estado de la mercancía en el conocimiento de embarque, hace presumir 'que las mercancías fueron cargadas en buen estado y debidamente acondicionadas'; artículo 1606, que dice que la responsabilidad del transportador se inicia desde cuando recibe las cosas objeto del transporte, y termina con su entrega al destinatario en el lugar convenido, o a la empresa estibadora, o a quien deba descargarlas; artículo 1618, conforme al cual las cláusulas de reserva no exoneran de responsabilidad al transportador de responder por el estado de las cosas al momento del embarque, si el remitente demuestra lo contrario; artículo 1630, de acuerdo con el cual 'corresponderá al capitán o al agente marítimo la custodia de las cosas descargadas, hasta cuando se entreguen, reembarquen, depositen o vendan', combinado este precepto con el artículo 1583, que le da al capitán la calidad de representante del transportador, y con el artículo 1605, que hace responsable al transportador de los hechos de sus agentes y dependientes; artículo 1642, conforme al cual es el tenedor del original negociable del conocimiento el que puede exigir la entrega de las mercancías; el artículo 1644, que señala la manera de proceder para regular el monto de la indemnización debida por el transportador en caso de pérdida de la cosa trans-

portada, lo mismo que el grado de responsabilidad del transportador”.

3. Y termina solicitando que se reconozca la prosperidad del cargo y que, en consecuencia, se case la sentencia recurrida y se sustituya con la de instancia que acceda a las peticiones de la demanda, con costas en contra de la demandada.

Considera la Corte

I. *En síntesis, puede apreciarse que la decisión del Tribunal descansa fundamentalmente en las siguientes conclusiones fácticas fundamentales:*

a) *Según el conocimiento de embarque número 1, el transportador no asumió responsabilidad por daños y averías del cargamento, debido a las deficiencias del empaque, y al mal estado de la panela, habiéndose anotado que “el cargamento empacado en cartones, se recibió roto y húmedo; el cargamento empacado en sacos de yute se recibió húmedo, sin constatar el peso ni el estado de su contenido”;*

b) *La panela de Inversiones Pirineos se encontraba y fue embarcada en el mismo mal estado que la de José María Cabal, y*

c) *No existió confusión alguna al descargar el cargamento, o al menos no hay prueba de tal confusión.*

Conclusiones de hecho que el sentenciador respalda con el análisis de las pruebas que al efecto realizó, conforme se dejó relatado al sintetizar el fallo impugnado.

II. *Al analizar las anteriores apreciaciones en orden lógico, y más que lógico en orden cronológico, se observa:*

1. *En cuanto a la del literal b) el Tribunal no tuvo en cuenta:*

1º *Que la panela de Cabal ya estaba en Buenaventura desde antes de diciembre de 1974; que se trató de embarcarla el 4 de ese mes, lo que no pudo llevarse a cabo por órdenes de un Juzgado de Cali; y que se trataba de un cargamento de 72.000 y más bultos de panela empacada no sólo en cartones, sino en sacos de yute, que tuvo que ser reempacada en febrero del año siguiente, “pues la humedad y larga estadía en puerto había producido mucha avería que imposibilitaba el manejo”, según certificación del Jefe de Aduanas de Almadelco (folios 23 y siguiente, cuaderno número 1). Esta descripción la corrobora el Jefe de la Sección de Exportaciones de Puertos*

de Colombia (folios 351 y siguiente, ibídem), cuando refiere que el cargamento de Cabal se hallaba “revenido debido al tiempo que permaneció en los sectores y al movimiento que hubo que hacer por circunstancias de la orden del juez de Cali como por el largo reempaque que se efectuó en los sectores, el cual recuerdo muy bien que hubo que usar palas para recoger ese producto”.

2º *Tampoco tuvo en cuenta en todo su significado que, si bien la panela de Pirineos se comenzó a adquirir en diciembre de 1974 cuando compró 9.736 cartones de 40 panelas cada uno para almacenarlos en Palmira, en el mismo mes se vendieron 5.000 cartones, de modo que a fin de año sólo tenía allí 4.736. Y que luego, pero ya en enero y febrero de 1974, adquirió adicionalmente 9.513 cartones de 40 panelas y 9.050 cartones de 48 panelas, tal como aparece de la declaración de su Gerente (folios 77 y siguiente, cuaderno número 2). Y a lo anterior se aúna que la panela de Inversiones Pirineos se transportó de Palmira a Buenaventura por vía terrestre y por ferrocarril a fines de febrero de 1975 (folios 56 a 60, cuadernos números 2, 23 y 24, cuaderno número 1), lo que pone de presente que esta panela sólo comenzó a recibirse en Buenaventura el 27 de febrero de dicho año, en contraste con la de Cabal que ya estaba allí al menos desde comienzos de diciembre de 1974, o sea casi tres meses antes.*

3º *Además, según constancias del Jefe de Aduanas de Almadelco, que manejó tanto el cargamento de Cabal como el de Inversiones Pirineos, y del Jefe de Personal de Puertos de Colombia (folios 25, 26 y 353, cuaderno número 1), junto con las anotaciones del Capitán del barco “Ciudad de Cuenca” en su libro de Bitácora (folios 214 y siguiente, cuaderno número 3), aparece que el 26 de febrero de 1974 se estaba cargando panela que se encontraba en malas condiciones, lo que excluye que hubiera sido panela de Inversiones Pirineos, pues ésta, para esa fecha, apenas estaba en tránsito de Palmira a Buenaventura y según el Gerente de Almadelco en Palmira fue entregada en perfecto estado (folio 56, cuaderno número 2).*

Ese mismo libro de Bitácora refiere que la panela comenzada a estibar el 26 de febrero se almacenó en la bodega de popa 3 L. H. (“lower hall”) y luego en la bodega de proa 2 L. H., y que el 2 de marzo se cerró el entrepuente de la bodega 2 de popa. Luego, menciona que se comenzó a cargar panela en 2 proa.

4º En primer lugar significa lo anterior que la panela comenzada a embarcar el 26 de febrero, que indudablemente era la de Cabal, se estibó en el fondo ("lower hall") de las bodegas 2 y 3, con expresa mención del naviero de que "la carga de panela entra al buque en condiciones visiblemente malas". Y en segundo término, que el otro cargamento no se estibó al fondo ("lower hall"), sino en el entrepuente.

Y como la panela de Inversiones Pirineos sólo se embarcó el 4 de marzo de 1975, según lo declara y certifica el respectivo Jefe de Aduana de la entidad que organizó el embarque de ambos cargamentos (folio 91, cuaderno número 2), no cabe duda de que la panela anteriormente ya embarcada y cuya calidad era visiblemente mala, según observación del capitán del barco, no podía ser de propiedad de Inversiones Pirineos sino de José María Cabal, quien desde tres meses antes la había remitido a Buenaventura y en donde ya en diciembre del año anterior la había tratado de embarcar infructuosamente, por intervención de las autoridades judiciales.

5º Así mismo, valga recordar que la panela de Inversiones Pirineos estaba empacada únicamente en 9.050 cartones de 25 kilos cada uno y 14.277 cartones de 20 kilos cada uno, para un total de 23.327 cartones, tal como aparece de la factura consular y del conocimiento de embarque (folios 9 y 31, cuaderno número 1). Y que estos cartones fueron recibidos de los transportadores de Palmira a Buenaventura en buen estado en su gran mayoría y que los que no se encontraron en ese buen estado fueron reempacados en cajas nuevas y rezunchados ya en las bodegas del barco por exigencias de los navieros (certificación de folios 23 y 24, cuaderno número 1).

6º Y en cambio la panela de Cabal fue embarcada no sólo en empaques de cartón sino también en sacos de fique o yute, como lo muestra su conocimiento de embarque (folio 32 ibidem), modalidad de empaque que el mismo Jefe de Aduanas de Almadelco explica por encontrarse dicho cargamento en malas condiciones, "revenido" y hubo que recogerse con pala, al decir del Jefe de Exportaciones de la Empresa de Puertos Colombianos, en cuyas bodegas estuvieron ambos cargamentos, primero uno y después el otro para ser estibados (folios 23, 24 y 251 y siguiente, cuaderno número 1).

Todo lo anterior unido a que Almadelco certifica que la panela de Inversiones Pirineos estaba almacenada en Palmira en buenas condiciones,

y en esas mismas condiciones se almacenó en Buenaventura (folios 23 y 24, cuaderno número 1), sirve para concluir que el Tribunal incurrió en evidente yerro fáctico al dar por establecido que la panela de Inversiones Pirineos se encontraba y fue embarcada en el mismo mal estado que la de José María Cabal.

2. En lo relativo al literal c) o sea si hubo, o no, confusión entre los dos cargamentos, confusión que el Tribunal no da por ocurrida, se observa:

1º La panela de Cabal estaba, en parte, empacada en sacos de yute o fique. Y la de Inversiones Pirineos solamente en cajas de cartón. No obstante, después de descargado el cargamento que se suponía ser el de Cabal, quedaron, obviamente como parte del cargamento de Inversiones Pirineos y ya en puerto distinto, no sólo cartones contentivos de panela sino sacos, tal como lo refieren las cartas de la demandada y del Gerente del Terminal Marítimo de Cristóbal, esta última en idioma inglés y debidamente traducida (folios 39 y 114, cuaderno número 1, y 2 vuelto, cuaderno número 7).

Por tanto, si después de embarcar la panela de Cabal en Balboa quedó panela empacada en sacos como si fuera de Inversiones Pirineos, es evidente la confusión entre los dos cargamentos.

2º Se agrega a lo dicho que la panela de Inversiones Pirineos estaba empacada en cartones de 25 kilos y de 20 kilos. Pero el cargamento que continuó en el barco después de supuestamente desembarcar en Balboa la panela correspondiente a Cabal, además de estar en parte empacada en sacos, su resto era únicamente cartones de 25 kilos, según informe del Lloyd's Surveyor, ratificado bajo juramento (folios 185, 174 y 274, cuaderno número 3), lo que implica que los cartones de 20 kilogramos de Inversiones Pirineos fueron, por innegable confusión, desembarcados con anterioridad. Y el mismo certificado refiere que, si bien la panela de Inversiones Pirineos tenía seis marcas distintas (Lese, Corriente, Clarita, Trapiche, Candelaria y Padeco), tres de las cuales (Padeco, Candelaria y Clarita), también distinguían parte del cargamento de Cabal, ya en Cristóbal la panela restante después de desembarcar la de Cabal en Balboa, tenía únicamente la marca "Idema de Contacto Limitada", o sea de una marca diferente a la que distinguía los cartones de Inversiones Pirineos.

3º Y en Cristóbal se desembarcaron 27.266 cartones de panela, siendo así que Inversiones Pirineos solamente había embarcado 23.327 car-

tones en Buenaventura (folio 124, cuaderno número 1), diferencia que indica una vez más la confusión en el desembarque de los cargamentos, pues si en Balboa ya se hubiera descargado todo, el de Cabal no había razón para que en Cristóbal existiera un sobrante de 3.939 cartones.

4º También, al quedar establecido que la panela de Cabal fue embarcada primero que la de Inversiones Pirineos y quedó estibada en el primer piso ("lower hall"), y que el cargamento de Inversiones Pirineos se estibó posteriormente y en un piso superior, al abrir el barco sus escotillas en Balboa y dejar que el cargamento fuera retirado, es comprensible que en primer lugar se hubiera descargado el que iba encima, máxime si luego, ya en Cristóbal, la panela que se desembarcó estaba en el fondo de las bodegas 3 y 4, como lo acredita el referido libro de Bitácora (folio 259, cuaderno número 3). O sea, en Cristóbal se bajó a tierra un cargamento que había sido estibado en Buenaventura en esas bodegas inferiores o L. H. ("lower hall"), cargamento que no era otro que el de Cabal.

De todo lo analizado se desprende que también es notoriamente equivocada la conclusión fáctica del sentenciador sobre no haber existido confusión entre los dos cargamentos, pues las anteriores contraevidencias ponen de presente que tal confusión sí existió y, especialmente, que ya en Cristóbal el cargamento que permanecía a bordo no correspondía ni en su calidad, ni en su cantidad, ni en sus marcas, ni en sus empaques, ni en el sitio en donde había sido estibado, al que Inversiones Pirineos confió el 4 de marzo en Buenaventura a la Flota Grancolombiana para su transporte a Panamá.

3. Y respecto de la conclusión del Tribunal de que trata el literal a) atrás citado, o sea acerca de las salvedades que aparecen en el conocimiento de embarque, es pertinente observar:

1º En los originales de ambos conocimientos de embarque (el de Pirineos y el de Cabal, folios 31 y 32, cuaderno número 1), tales notas son prácticamente del mismo tenor, pues rezan que la Flota no asume ninguna responsabilidad por daños o averías debidos a deficiencias del empaque; que lo empacado en cartones se recibió roto y húmedo; que lo empacado en sacos de yute se recibió húmedo; y que no se verificó ni el peso ni el estado del contenido.

2º Pero es inexplicable que en el conocimiento de embarque de Inversiones Pirineos se hubiera hecho expresa referencia a humedad del empaque

en sacos de yute, empaque que, como ya se vio, solamente fue utilizado para parte del cargamento de Cabal.

3º Y si a ello se agrega que los directivos de la Flota transmitieron a sus agentes su preocupación por el transporte marítimo de panela, en vista de la mala experiencia al respecto, además del deficiente estado de la panela de Cabal, que por más de tres meses ya estaba en Buenaventura, se encontraba "revenida" y hubo de ser en parte empacada en sacos de yute, en contraste con la de Inversiones Pirineos, que llegó al puerto en vísperas de ser embarcada y en buen estado, se concluye que las salvedades en cuestión tuvieron su verdadero origen en el deseo general de la Flota ("por Dios Santo", fueron las palabras de uno de sus directivos, folio 126, cuaderno número 3), de exponerse a nuevos reclamos y en particular, a un reclamo del propietario del cargamento ya averiado, o sea el de José María Cabal.

Y que esto fue así lo ponen de presente no sólo las referidas y reiteradas instrucciones de los dirigentes de la Flota Grancolombiana en ese sentido (folios 126, cuaderno número 3; 263 y 266, cuaderno 2), sino la identidad, palabras más o palabras menos, de las salvedades estampadas en ambos conocimientos de embarque, que para ambos casos, se repite, mencionaron empaques de yute, siendo así que en uno de los cargamentos de panela no se había usado empaque de esa clase. Prácticamente puede decirse que la salvedad destinada al cargamento de Cabal —que como ya se vio se encontraba en mal estado y en parte se había empacado en sacos de yute, no así el de Inversiones Pirineos—, fue calcada para el cargamento de esta última.

Lo que sirve para concluir que, respecto de Inversiones Pirineos, la salvedad en su conocimiento de embarque no correspondía a la realidad del cargamento en cuestión, lo que el Tribunal no percató.

4º Y a lo anterior se agrega que la salvedad sólo fue puesta en el original del conocimiento de embarque (folios 21 y 31, cuaderno número 1), y que este documento sólo llegó a poder de la destinataria del cargamento, o sea de Exportadora Pacífico S. A., por conducto del representante legal de Inversiones Pirineos, después del 17 de marzo de 1975 (folio 54, cuaderno número 7 y respuesta al hecho 10 de la demanda, folios 53 vuelto y 192, cuaderno número 1), de manera que, ya consumada para esa fecha la iniciación

y recorrido del transporte no había oportunidad para hacerle observaciones o rechazarla y, en consecuencia, de efectuar, o no el transporte contratado.

5º Por tanto, si como ya se analizó el cargamento de Inversiones Pirineos no se encontraba en mal estado, si no se habían empleado sacos de yute para empacarlo en parte, si su panela no estaba "revenida", si las cajas que presentaban desperfectos fueron sustituidas por otras nuevas para reempacar la panela, rezunchándolas a bordo del barco y por exigencia de los navieros, es evidente, contra la errónea apreciación fáctica del Tribunal, que tales notas unilaterales en lo que respecta a Inversiones Pirineos, no correspondieron a la realidad y por tanto carecen de crédito y eficacia, aspecto sobre el cual se ordenará a su debido tiempo la correspondiente investigación.

III. Lo hasta aquí analizado permite concluir que las principales apreciaciones fácticas del Tribunal y que le sirvieron de soporte fundamental a su fallo, son ostensiblemente equivocadas.

Sin embargo, para motivar su decisión el sentenciador también tomó pie en otras conclusiones de carácter circunstancial que pueden agruparse así:

a) Las demandantes obraron con negligencia para retirar el cargamento y, en cambio, la Flota obró al respecto sin culpa alguna de su parte; y

b) Las demandantes no reclamaron oportunamente sobre el eventual incumplimiento del transportador.

En su orden se analiza lo relativo a estas conclusiones, también atacadas por el censor conforme atrás se relató.

a) Es evidente que en el puerto de Balboa existía congestión y, también, que la actitud del naviero fue "abrir las escotillas" para que el descargue se realizara por personal del terminal marítimo de dicho puerto. Y que, en contraste, los destinatarios de la panela de Cabal sí se hicieron presentes para recibir su cargamento por ese mismo conducto.

Pero el sentenciador no tomó en cuenta que el original del conocimiento de embarque sólo fue entregado por la Flota el 17 de marzo, es decir, doce días después del arribo de la panela, y que antes de esa fecha era imposible para el destinatario de las mercancías allí amparadas, aprestarse a recibirlas, y sin que lo anterior justificara que la Flota las podía entregar sin responsabi-

lidad de su parte a personas distintas, pues al efecto el mismo conocimiento de embarque facultaba al transportador para efectuar, por cuenta del remitente, todas las gestiones encaminadas al cumplimiento del contrato de transporte, posición incompatible con la de simplemente "abrir las escotillas" para que los estibadores descargarán indiscriminadamente la panela de los dos cargamentos y la entregaran confusamente a uno solo de sus destinatarios.

No tomó en cuenta el Tribunal que si el destinatario de la panela de Inversiones Pirineos (a quien por demás el original del conocimiento de embarque sólo le llegó el 18 de marzo, o sea un día después de haberlo entregado la Flota), no se hizo presente de inmediato al desembarco, tal actitud no exonera de culpa a la Flota, pues, en ese supuesto, el cargamento de ese destinatario hubiera debido continuar en las bodegas del barco y no haber pasado sin el debido cuidado el comprobante a manos de otras personas, a quienes de contera se les estaba remitiendo un cargamento similar y del mismo género, pero de evidente inferior calidad.

Y en cuanto a que el descargue en Balboa lo hubiera efectuado el personal dependiente de ese terminal marítimo, es lo cierto que la Flota al contestar los hechos 25 y 28 de la demanda afirma que esa faena se hizo bajo su vigilancia, aun cuando, y no obstante esa alegada vigilancia y la entrega realizada en esa ocasión, no obtuvo adecuados recibos de los cargamentos descargados;

b) Y respecto de la oportunidad del reclamo del exportador y del destinatario del cargamento, en primer término debe anotarse que el conocimiento de embarque sólo llegó a poder de este último el 13 de marzo de 1975, cuando ya estaba finalizado el descargue parcial en Balboa. Y basta verificar que en cartas del 3 de abril y del 17 del mismo mes, de 1975, dirigidas por Exportadora Pacífico a la Flota (folios 51, 20 y 107, cuaderno número 1), se consigna clara protesta sobre la entrega del cargamento, o sea cuando aún no llevaba dos semanas de descargado en Cristóbal.

Y como el reclamo se refería a todo el cargamento por considerar que el que se pretendía entregar como tal no correspondía al verdadero, no cabe al respecto extemporaneidad por el transcurso de ese breve lapso entre la llegada del cargamento y su total rechazo por el destinatario.

Dedúcese de lo expuesto que el Tribunal incurrió también en evidentes errores de hecho al llegar a las referidas conclusiones fácticas, adicionalmente sustentatorias de su fallo, que se acaban de analizar.

IV. Los anteriores errores de hecho, notorios y trascendentes, condujeron al Tribunal a conclusiones reñidas con la realidad evidente del proceso, y a pronunciar, en consecuencia, una decisión violatoria de la ley sustancial, pues en vez de condenar a la parte demandada procedió a absolverla.

En efecto: no obstante estar demostrado el buen estado de la mercancía transportada y el incumplimiento de dicha parte, no le aplicó lo dispuesto en términos generales por los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, —tema sobre el cual más adelante se hará una observación— que sancionan con perjuicios al contratante incumplido. Y especialmente dejó de aplicarle los artículos 982, 1021, 1030 y 1031 del Código de Comercio, pues no atendió a que el transportador se obligara transportar una cosa de un lugar a otro y a entregarla sana y salva; que si la carta de porte no indica la calidad en que se encuentran las cosas transportadas se presumirá que se han entregado sanas, en buenas condiciones y de calidad mediana; que el transportador es responsable de la pérdida total o parcial de la cosa transportada desde el momento en que ella queda a su disposición y hasta cuando sea entregada a satisfacción del destinatario o de la persona recomendada para recibirla en el sitio convenido; y que, especialmente, en caso de pérdida de la cosa transportada, la indemnización a cargo del transportador se sujetará a las reglas siguientes:

a) *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, y*

b) *En los demás casos el transportador pagará la indemnización que se fije por peritos.*

Y correlativamente, por las mismas razones violó, al dejar de aplicar las normas sustanciales del transporte marítimo contenidas en los artículos 1501, regla 9ª; 1606, 1618, 1630 en combinación con los números 1583 y 1605, 1642 y 1644, que en términos generales reproducen las disposiciones generales atrás citadas y que especialmente disponen que las cláusulas de reserva sobre el mal estado de las cosas transportadas no

exoneran de responsabilidad al transportador si el remitente demuestra lo contrario, así como la obligación del transportador de indemnizar perjuicios en caso de pérdida culpable de las mercancías transportadas.

O sea, de haber aplicado tales normas, como consecuencia de la ostensible maldad fáctica ya comentada, el sentenciador, en vez de absolver a la demandada, hubiera debido condenar como responsable de la violación o incumplimiento (cumplimiento imperfecto) del contrato de transporte fuente del litigio.

Tal “error facti in indicando” conduce necesariamente a la quiebra del fallo acusado.

Respecto del segundo aspecto contemplado en el recurso extraordinario, o sea el relativo a la decisión favorable sobre la demanda de reconvencción en cuanto se acogió la pretensión de pago del “falso flete” por la diferencia de tonelaje embarcado, el recurrente formula también dos cargos, ambos enmarcados en la primera causal, y que por estar llamado a prosperar el primero, a él contrae la Corte su estudio y decisión.

Primer cargo. Acusa violación, por vía indirecta, del artículo 1622 del Código de Comercio, por aplicación indebida; y de los artículos 1602, 1603 y 1625 del Código Civil, por falta de aplicación, todo a consecuencia de evidentes errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En síntesis, argumenta así el censor:

1. No tuvo en cuenta el Tribunal que las contrademandadas al contestar la reconvencción, se opusieron a sus pretensiones por considerar que el embarque efectuado por Inversiones Pirineos y la liquidación y pago de los fletes correspondientes, constituyeron una ejecución aceptada por las partes y una tácita modificación entre las mismas, del contrato de reserva o “booking” originalmente previsto para 900 toneladas y reducido así a las 524 efectivamente transportadas.

Tal modificación, que el sentenciador no tuvo en cuenta, está corroborada por el recibo de los fletes reales y por la entrega por parte de la Flota, cumplido el pago de esos fletes, del conocimiento de embarque que de otra suerte hubiera debido quedar en su poder en garantía de cualquier flete faltante.

2. Y tampoco percató el Tribunal que, según télex interno de la propia Flota (folios 84, cuadernos 1 y 3, y 126, cuaderno número 3), al haberse cargado la panela de Cabal a fines de febrero de 1975, ya no quedaba cupo para cargar

las 900 toneladas reservadas por Pirineos, ni tampoco esta sociedad podía hacer uso del derecho de destinar y ceder su cupo a otro cargador en los términos del artículo 1622 del Código de Comercio.

Tal imposibilidad para usar el cupo de 900 toneladas que se había reservado (cupo del cual Pirineos usó efectivamente 523.920 kilogramos), se desprende del télex en referencia, que reza así: "Buenaventura, febrero 27 de 1975. Acuerdo conversaciones Almadelco Gerente, señor Aguas infórmamos sin recibir instrucciones embarque 900 toneladas panela señor Jorge Hernán Londoño Inversiones Pirineos. Sin embargo en puerto 900 CJS panela consignadas Almadelco. Vista compromiso firmado Uds. debe embarcarse alrededor 26/28. Favor reconfirmen oferta con exportadores. Igualmente si persiste compromiso embarque 26/28. Hoy 27 sólo embarcadas 4.231 cartones panela señores Cabal pendientes por embarcar 67.913. Consecuencia cargue otras 900 tons. adicional no alcanzarían cumplir embarque 26/28. Confirмен 'Cieuenca'".

3. En consecuencia, el embarque de Pirineos, posterior a ese télex y ya cumplido el embarque total de Cabal, corrobora la modificación tácita del contrato de reserva o "booking" de 900 toneladas, y además, ya embarcada la panela de Cabal, implica que no era posible, según lo afirma el propio naviero, embarcar también las 900 toneladas reservadas por Pirineos.

4. Y remata el cargo manifestando que como el Tribunal, con notorio desacierto fáctico no vio esas circunstancias, tal error lo condujo a acceder a las pretensiones de la reconvención sobre condena a las demandantes al pago del "flete falso" en referencia, con violación de las normas sustanciales atrás indicadas.

Considera

1. *El Tribunal, en cuanto al tema objeto del cargo, se limita a apreciar que entre las partes se pactó el contrato de reserva o "booking" por 900 toneladas visible a folio 2, cuaderno número 3, y que como sólo se embarcaron 524, Inversiones Pirineos y Exportadora Pacífico S. A. deben pagar el falso flete por las 376 restantes a la tarifa prevista en dicho contrato, para lo cual efectúa condena en abstracto.*

2. *Pero nada dice respecto de que la propia Flota Mercante se vio abocada a la alternativa de o bien no cargar 67.913 bultos de panela de*

Cabal y así poder eventualmente cumplir su compromiso de reserva de 900 toneladas o de si cargar toda la panela de Cabal, como efectivamente lo realizó, pero sin que en este caso hubiera podido atender ambos cupos, ya que según sus propias palabras "cargue otras 900 toneladas adicional no alcanzaría cumplir embarque 26/28" (o sea el de Cabal, que sí se realizó).

3. *Y si la propia Flota resolvió la alternativa haciéndose cargo de transportar los 67.913 bultos restantes de Cabal, es indudable su propósito y actitud, corroborada por hechos posteriores, de prescindir del referido contrato de reserva pactado con Pirineos, pues de otra manera y para respetarlo por su parte, no hubiera cargado la panela de Cabal y así no afectar el cupo reservado para Pirineos.*

Se agrega a lo dicho la actitud posterior de los contratistas, o sea la liquidación de fletes por parte de la Flota, el pago de ellos sin objeción de la misma, y la consecucional entrega del conocimiento de embarque que garantizaba tales fletes, cumplido todo lo anterior sin reparo, reserva o disconformidad alguna, lo que refuerza la existencia de un acuerdo, así fuere tácito, a que las mismas partes llegaron para prescindir del contrato de reserva o "booking", de destinar por parte de la Flota su cupo o parte de él a atender otro cargamento, y circunscribir el cobro y pago de los fletes a cargo de Pirineos únicamente a los reales y no a los estimados o falsos.

4. *Por tanto, incurrió el Tribunal en evidente error de hecho al no darse cuenta de estas circunstancias, trascendentes desde luego, pues han debido traducirse en la absolución de las contrademandadas y no en la equivocada condena que les fulminó el sentenciador con quebranto de las normas sustanciales enumeradas al comienzo del cargo, el que por lo expuesto está llamado a prosperar.*

Sentencia de reemplazo

Ya en instancia y como consecuencia de la prosperidad del recurso en su doble aspecto, se considera:

1. Los presupuestos procesales no ofrecen reparo.

2. *La pretensión de la demanda principal se encamina a obtener declaración de que la Flota demandada es responsable de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de transporte marítimo de un cargamento de pa-*

nela, en virtud de las circunstancias ampliamente referidas y comentadas en las motivaciones que sirvieron para despachar el recurso extraordinario, las que en gracia de la brevedad se dan por reproducidas en lo pertinente para efectos de esta sentencia de reemplazo.

3. Sea de observar que no fue atinada la actitud del censor al haber pregonado que al caso le eran estrictamente aplicables los artículos 1546 del Código Civil y 970 del Código de Comercio, pues estas normas contemplan la acción alternativa y excluyente que tiene el contratante cumplido, en tratándose de contratos bilaterales, para exigir de su contraparte incumplida o bien la resolución, o bien el cumplimiento del referido contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, simplemente moratorios en esta última alternativa.

Pero la demanda de instancia, ni los hechos demostrados en el proceso como constitutivos de la causa petendi, muestran que se esté ejerciendo la alternativa de pedir judicialmente el cumplimiento del contrato de transporte, o la excluyente de lograr la resolución del mismo.

Simplemente el proceso viene montado en el incumplimiento del transportador (o cumplimiento imperfecto, lo que da igual), del contrato de transporte, y en la consecencial obligación pura y simple, sin alternativa alguna en cuanto a su accionar, de indemnizar de perjuicios al remitente. Obligación por demás expresamente consagrada en los artículos 1030 y 1031 del Código de Comercio, normas éstas sí adecuadas y más precisamente traídas a cuento por el censor en el respectivo cargo ya estudiado y decidido a su favor.

Esta aclaración es pertinente para dejar sentado que la indemnización de perjuicios impetrada por los demandantes no tiene su manantial en el ejercicio estricto de la llamada condición resolutoria tácita por incumplimiento de una de las partes en contrato bilateral (que en el fondo no es una verdadera condición, sino una consecuencia del sano equilibrio contractual que debe presidir esta suerte de relaciones jurídicas), sino en la obligación, por demás expresa del transportador, de indemnizar de perjuicios al remitente en caso de incumplimiento en la debida entrega de las cosas transportadas, como obvio desarrollo y aplicación de la preceptiva general que cobija la responsabilidad contractual por incumplimiento.

4. Por tanto, los elementos constitutivos de dicha responsabilidad, originada en un contrato de

transporte marítimo, o sea: el daño sufrido por el propietario del cargamento, el incumplimiento o culpa del transportador, y la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento en cuestión, se encuentran reunidos cabalmente, tal como quedó definido en las motivaciones del despacho del recurso extraordinario en estos particulares, no sin observar que acreditada la existencia del contrato correspondía al deudor de la prestación en discusión, o sea la entrega de la panela transportada a cargo del transportador, comprobar el cumplimiento cabal de su obligación contractual, cuestión no solamente no demostrada sino desvirtuada por la prueba en su incumplimiento, conforme se dejó establecido.

5. La cuantía del daño aparece en dictamen de expertos que obra a folios 295 a 300, cuaderno 1, debidamente explicado y fundamentado, y por tanto con suficiente poder de convicción, que señala tales perjuicios, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante, aceptable en cuantía de \$ 7.104.215.94, a la cual deben agregarse los intereses comerciales respectivos, desde la presentación de la demanda y a la tasa de los artículos 883 y 884 del Código de Comercio (36% anual), todo conforme adecuada estimación y apreciación probatorias efectuadas por el a quo, ya que la Corte encuentra atendibles los argumentos que dio el juzgado para aceptar como perjuicio por daño emergente únicamente la cantidad de \$ 7.104.215.94 y no la de \$ 11.413.026.04, acordada por los expertos, que incluía una estimación de lucro cesante y el cómputo de unas variaciones de moneda extranjera para actualizarla al día del experticio, rubros estos que deben excluirse sin perjuicio de lo que más adelante sea dispuesto sobre intereses.

6. Y también se acoge la consideración del juzgado en el sentido de no tener en cuenta el otro dictamen pericial producido en el exterior (folios 299 a 312, cuaderno número 3), por no habersele corrido en traslado a las partes por el juzgado del conocimiento sino por el Cónsul de Colombia en Panamá, funcionario no autorizado al efecto, y por no estar debidamente fundamentado en su totalidad.

7. En cuanto a perjuicios sufridos por Exportadora del Pacífico S. A., destinataria de la panela, es aplicable la regla primera del artículo 1031 del Código de Comercio, pero únicamente en cuanto al lucro cesante, como quiera que tal sociedad no pagó suma alguna por concepto de la mercancía, siendo de advertir que Exportadora había negociado la panela para venderla en

Panamá y que, como consecuencia del incumplimiento de la demandada, se vio privada de la normal utilidad de tal operación, utilidad que para efectos de su indemnización la prefija el Código del ramo, como ya se dijo, en el veinticinco por ciento del precio de la mercancía.

Este porcentaje asciende a \$ 1.275.764.78, hecha la conversión en moneda colombiana para esa época, o sea al 25% del precio o factura de la panela, según dictamen pericial ya analizado (folios 295 a 300, cuaderno número 1).

En consecuencia, deberá modificarse al respecto la absolución que decretó el *a quo* y sustituirla por tal condena en esta cuantía y sin intereses por tratarse de un lucro cesante reglado por la ley, a cargo de la demandada y a favor de la destinataria demandante.

8. a) En cuanto a excepciones de la demandada, la de contrato no cumplido, por razón del contrato de reserva o "booking" que había pactado con Pirineos, no es atendible por las consideraciones expuestas al despachar el cargo relativo a este contrato y que permitieron llegar a la conclusión de que había sido resuelto o dejado sin efectos por voluntad posterior de las partes;

b) También la demandada ha pretendido apoyar su defensa, por vía de excepción de contrato no cumplido, en que Inversiones Pirineos estaba en mora de pagar los fletes del transporte para cuando debía entregarse la mercancía, y que por esa razón al respecto no cabe mora ni responsabilidad alguna a cargo de la transportadora.

Sin embargo, al observar los documentos visibles a folios 2 y 8 del cuaderno tres (3), emanados de la demandada se aprecia que para el 24 de febrero de 1975 la remitente y la transportadora hicieron un convenio sobre fletes, con reserva de espacio hasta por 900 toneladas y con facultad de la demandada de retener los conocimientos de embarque originales hasta el pago de los fletes en Bogotá; y que el 6 del mes siguiente las oficinas de la Flota Mercante en Bogotá solicitaron cablegráficamente a las de Buenaventura el envío de los documentos de embarque para cobro o "recaudo" de tales fletes.

A este requerimiento dio cumplimiento la Oficina de Buenaventura el 7 de marzo de 1975 (folio 10 *ibídem*), enviando, junto con otra, la cuenta de fletes de Inversiones Pirineos, con la siguiente observación "la licencia de Exp. correspondiente a la cuenta 800605-6 IDEMA (de

Inversiones Pirineos, se observa) fue expedida FOB, *les rogamos obtener la modificación donde indiquen el valor de los fletes antes de entregar los B/L (conocimientos de embarque, se observa) respectivos*".

O sea, para esa fecha no existía liquidación definitiva de fletes para su cancelación en Bogotá.

Además, debe destacarse que este documento, fechado en Buenaventura el 7 de marzo de 1975 (viernes), debió llegar a las oficinas de la Flota en Bogotá, por temprano, el lunes 10 siguiente.

Y es de excepcional importancia la carta del 13 de ese mismo mes (folio 49, cuaderno 2), en que el Jefe del Departamento de Aduana, de Almadelco, embarcadores de la panela, le informan al Banco Cafetero en Panamá, consignatario de la misma, el envío de parte de la documentación consular referente a la exportación de la panela de Inversiones Pirineos, y agregan: "El juego de originales no lo acompañamos, por cuanto se encuentran en poder de la Flota Mercante Gran-colombiana en esta capital pendientes de aclaración de cantidad de bultos despachados de Buenaventura y recibidos en Panamá que no les ha permitido liquidar el valor de la cuenta de fletes para su cobro" (subrayas y mayúsculas de la Corte).

O sea: para el jueves 13 de marzo de 1975 tampoco se había efectuado la liquidación del valor de los fletes, luego al respecto no podía achacarse mora alguna a la remitente.

El siguiente *lunes 17 de marzo*, o sea transcurridos viernes, sábado y domingo, la Flota comunica telegráficamente a sus representantes en la Zona del Canal de Panamá (folio 17 *ibídem*) que *los fletes ya han sido pagados*, de donde es fácil deducir que si para el jueves 13 anterior estaban pendientes de liquidación no puede considerarse que, una vez ya liquidados y con días sábado y domingo de por medio, el hecho de cancelarlos el lunes constituye un pago moroso o retardado.

De donde puede concluirse que la excepción en comentario no está llamada a prosperar, por no ser evidente que la demandante hubiera incurrido en mora, ni siquiera presumible, en el pago de los fletes en cuestión.

Y al margen, sea de mencionar que en el mismo telegrama la Flota manifiesta, tal vez en una subconciente actitud de considerarse responsable con ocasión del transporte de ese cargamento que: "No pudimos conseguir carta que exonerara

Flota responsabilidad entrega panela CICUE (Ciudad Cuenca, se observa) y Almadelco no se compromete esta garantía”;

c) La de ausencia total de incumplimiento y de responsabilidad del transportador tampoco es atendible por haberse llegado ya a la conclusión que sí existe esa responsabilidad emanada de incumplimiento del naviero;

d) Y las de prescripción o caducidad tampoco son de recibo, pues la primera se rige por el término legal y no por el contractual que, recortando aquél, haya sido prefijado por una de las partes en el formato del conocimiento de embarque, lo que implica no aceptar como término de prescripción el de un año estipulado al dorso de dicho conocimiento sino el de dos años contados a partir de la entrega de las mercancías, previsto en el Código de Comercio. Y la caducidad tampoco es aceptable, pues el evento en que parece apoyarse la demandada para invocarla es cuando transcurren más de cinco días, contados a partir del fijado para la entrega, o de cuando se dio aviso específico al remitente sobre depósito o disposición de las mercancías, y en el caso debatido la mercancía llegó el 6 de marzo de 1975 y su descargue y entrega equivocados ocurrieron al día siguiente, o sea que para cuando el remitente hubiera podido reclamar al respecto, la mercancía, por negligencia del transportador, según se analizó ya había pasado a poder de otras personas.

Sea de advertir que casi todos estos temas están tratados en forma extensa y aceptable por el *a quo* en la sentencia que el Tribunal le revocó mediante planteamientos que en gracia de la brevedad, la Corte comparte y que, en lo pertinente, en cuanto ahora no han sido objeto de expresa modificación, y en atención a la quiebra del fallo de segunda instancia, se dan por acogidos y producidos en este fallo de reemplazo.

9. Por lo expuesto, las pretensiones de Inversiones Pirineos, remitente de las mercancías, son acogibles. Y en parte las de Exportadora Pacífico S. A., destinataria de las mismas, por concepto de lucro cesante únicamente conforme ya quedó explicado.

10. Y por último, ya se vio que las pretensiones de la demanda de reconvención (tan sólo una de las cuales fue acogida por el sentenciador en el fallo que se acaba de casar), tampoco son de recibo y, por tanto, al respecto debe confirmarse la absolución que pronunció el *a quo*.

Sea de mencionar que la actitud de las partes y de sus apoderados no les implica responsabilidad alguna derivada de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 30 de marzo de 1981 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Inversiones Pirineos Limitada y Exportadora del Pacífico S. A. contra la Flota Mercante Grancolombiana, y en su lugar REVOCA, para reformarlo parcialmente, lo resuelto en sentencia de primera instancia del 15 de octubre de 1979, dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá en el referido proceso, que en consecuencia quedará así:

Primero. DECLARAR infundadas y no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.

Segundo. DECLARAR que la sociedad demandada, Flota Mercante Grancolombiana S. A., de acuerdo con las anteriores motivaciones, cumplió imperfectamente el contrato de transporte marítimo celebrado con la sociedad Inversiones Pirineos Limitada y de que da cuenta el conocimiento de embarque número B/L 1.

Tercero. DECLARAR que la Flota Mercante Grancolombiana S. A., es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a Inversiones Pirineos Limitada y derivados del cumplimiento imperfecto del contrato mencionado y por consiguiente debe correr con la carga indemnizatoria de los mismos, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Parágrafo. La anterior declaración no se deriva de las acciones alternativas contempladas en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. En esta forma no se despacha favorablemente la segunda súplica de la demanda de instancia.

Cuarto. Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, CONDENAR a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., a pagar a la sociedad Inversiones Pirineos Limitada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de siete millones ciento cuatro mil doscientos quince pesos con noventa y cuatro centavos (\$ 7.104.215.94) moneda corriente, su-

ma a la que ascendieron los perjuicios y derivados del daño emergente, más los intereses comerciales del 36% anual desde la presentación de la demanda y hasta cuando el pago se verifique, de conformidad con los artículos 883 y 884 del Código de Comercio.

Quinto. Así mismo, CONDENAR a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., a pagar en el mismo plazo a la sociedad Exportadora Pacífico S. A., la suma de un millón doscientos setenta y cinco mil setecientos sesenta y cuatro pesos con setenta y ocho centavos (\$ 1.275.764.78).

Sexto. NEGAR las peticiones contenidas en la demanda de reconvencción, formuladas por la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

Séptimo. CONDENAR a la sociedad demandada Flota Mercante Grancolombiana S. A., a pagar a las sociedades demandantes las costas del proceso principal y de la reconvencción.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

FILIACION NATURAL

Prueba de las relaciones sexuales. Mientras no se aduzca plena prueba de que el demandante tiene por madre a la misma mujer con quien el demandado tuvo relaciones sexuales durante la época de la concepción de aquél, no puede hacerse la declaración de paternidad.

PRUEBA DE LA MATERNIDAD

Aunque la prueba más sencilla de la maternidad y de la fecha del parto es la copia del Registro Civil de nacimiento o el certificado notarial que se expida con base en él, no es la única. Una cosa es el estado civil y otra los hechos o actos que lo constituyen. El primero sólo puede demostrarse con la copia de la respectiva partida o folio del registro; los segundos, con cualquier otra clase de pruebas, entre ellas la confesión del demandado.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Aun cuando no hayan sido objeto de recurso de apelación los presupuestos procesales son siempre materia de análisis previo por el superior.

Faltando el presupuesto capacidad para comparecer por indebida representación de una de las partes, el Tribunal debió declarar la nulidad de la actuación y no proferir sentencia inhibitoria; o bien corregir la falla con el decreto oficioso de la prueba respectiva, en este caso la copia del registro civil de nacimiento de la menor, cuya representación tenía su madre natural.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

Bogotá, 29 de noviembre de 1982.

I

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante Juan Bosco Cediel contra la sentencia del 18 de septiembre de 1981, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso ordinario que el recurrente inició contra Sara Isabel García, en su calidad de madre natural de la menor Lisbeth García.

Ante el Juzgado Segundo Civil de menores de Barranquilla, la correspondiente Defensora de Menores, actuando a nombre de la niña Lisbeth García, promovió demanda de investigación de paternidad natural, para que se declarase que

ésta es hija natural de Juan Bosco Cediel. El proceso terminó con sentencia del 11 de julio de 1977, mediante la cual se hizo la declaración suplicada.

En tales circunstancias, el padre natural ejerció la acción de revisión de ese fallo.

II

El presente litigio

1. En demanda admitida el 5 de junio de 1979 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, Juan Bosco Cediel, en ejercicio de la acción de revisión que consagra el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, citó a proceso ordinario "a la menor Lisbeth García, representada por su madre natural Sara Isabel García", para que, revisada la mencionada sentencia de paternidad natural, pronunciada por el Juez de Menores, se declarase que Juan Bosco Cediel no debe ser tenido como el padre de Lisbeth.

2. Como hechos fundamentales de la causa para pedir, se expusieron estos:

Que, en la demanda de filiación natural formulada ante el Juez de Menores, la Defensora correspondiente, quien actuó como demandante, alegó que entre Sara Isabel y Juan Bosco habían existido relaciones sexuales en el mes de marzo de 1975, de las cuales nació el 1º de junio siguiente la menor Lisbeth, lo que constituye un hecho imposible; que, además, en esa demanda se expusieron las relaciones sexuales como causal de declaración de paternidad natural y, no obstante, el juzgado declaró ésta con apoyo "en una *causa petendi* diferente a la invocada", de donde se deduce incongruencia del fallo; y, finalmente, que en el proceso no se acreditaron las relaciones sexuales mencionadas.

3. Con expresa oposición de Sara Isabel García y del curador *ad litem* que se designó para defender a la menor, se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia del 25 de julio de 1980, en que se declara que el demandante es el padre natural de Lisbeth García. Entonces, el vencido interpuso recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal, según su fallo del 18 de septiembre de 1981, mediante el cual revoca la sentencia apelada y, en su lugar, decide abstenerse de resolver en el fondo por falta de un presupuesto procesal. Frente a esta providencia, el demandante interpuso recurso de casación.

III

Fundamentos del fallo del ad quem

En síntesis expresa el Tribunal que para decidir en el fondo del asunto debatido, deben estar satisfechos los cuatro clásicos presupuestos del proceso; que, en la especie de esta litis, se observa que el demandante llamó a Sara Isabel García como madre natural de la niña Lisbeth, para lo cual adujo partida eclesiástica en que se dice que ésta nació el 1º de junio de 1975, que por cuanto el Decreto 1360 de 1970 "establece en forma tajante que la prueba del nacimiento (sic) de una persona la da el registro civil de ese hecho realizado ante funcionario competente", entonces la parte demandante no acreditó el carácter con que fue llamada Sara Isabel, motivo que lleva a concluir que no quedó bien trabada la relación jurídico procesal, haciendo de ese modo imposible el pronunciamiento de fondo.

IV

La demanda de casación

Cargo único formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal. El ataque se lanza en el

ámbito de la causal primera y se hace consistir en infracción directa, y por falta de aplicación, de los artículos 1º y 4º, ordinal 4, de la Ley 45 de 1936, con las modificaciones que le introdujo la 75 de 1968 y 16, 17, 18 y 31 de esta última Ley.

Dice el recurrente que ha de tenerse de presente, en primer lugar, que la causal de paternidad natural invocada ante el Juez de Menores fue la de haber existido, para la época de la concepción de la niña Lisbeth, relaciones de tipo sexual entre Juan Bosco Cediél y Sara Isabel García, no obstante lo cual la demandante dejó de satisfacer la carga de probarlas que le imponía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, puesto que no aportó la prueba idónea de su filiación materna, circunstancia que comportaba la absolució del demandado Cediél. Agrega el recurrente que, como lo tiene enseñado la jurisprudencia, cuando se invocan las relaciones sexuales como fundamento de la paternidad natural, debe demostrarse quién es la madre del hijo para establecer que ésta es la misma persona con quien el presunto padre demandado tuvo el comercio carnal.

En seguida expone el censor que como la menor Lisbeth nació el 1º de junio de 1975, de conformidad con lo que dispone el Decreto 1260 de 1970 en su artículo 105, no se podía probar su estado civil con la copia de la partida eclesiástica que se adujo y que obra al folio 2 de las fotocopias del proceso adelantado ante el Juez de Menores de Barranquilla; que como no se trajo copia del registro civil, ni certificado notarial del mismo, "no se demostró en legal forma que la referida menor fuera hija de Sara García".

Luego dice el impugnante que acoge la conclusión del Tribunal relativa a que no está acreditada la calidad de madre natural con que Sara Isabel García fue llamada al proceso, por lo cual no se demostró que tenga la representación legal de la menor demandada. En este aspecto el *ad quem* no cometió yerros fácticos ni de valoración probatoria.

Sin embargo, como en el proceso ordinario de revisión se ventilaba el mismo asunto que fue materia del adelantado ante el Juez de Menores, y como no se había acreditado quién era la madre de Lisbeth García, el Tribunal debió haber afirmado el fallo que se revisaba, ya que no se había acreditado uno de los supuestos de hecho del artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936.

Después de transcribir sentencias de la Corte, el casacionista manifiesta que el Tribunal, al no

hallar la prueba de que Sara Isabel es la madre de Lisbeth, debió dictar sentencia desestimatoria de la paternidad natural y no abstenerse de fallar en el fondo; que, además, los únicos presupuestos cuya falta lleva a la inhibición son los de demanda en forma y capacidad para ser parte, jamás la falta de capacidad para comparecer, por lo que la falta de *legitimatio ad processum* no podía llevar a sentencia inhibitoria.

V

Consideraciones de la Corte

1. Asiste plena razón al recurrente al sostener que, en los procesos de investigación de la paternidad natural, cuando como fundamento para que ésta se declare judicialmente, se invoca la causal de relaciones sexuales, no basta probar que entre el presunto padre demandado y una determinada mujer existieron, para la época de la concepción del demandante, relaciones de tipo sexual. Si solamente se acredita aunque sea de manera plena, que el demandado tuvo ese trato sexual con una determinada mujer en la época en que el demandante fue concebido, con esa sola prueba no podría el juez concluir que el demandado es el padre natural del demandante. En efecto, el mero hecho de que un hombre haya convivido sexualmente con una mujer durante la época de la concepción de un ser humano, no brota que aquel sea el padre del segundo, pues para llegar con lógica a tal conclusión es imprescindible que se demuestre también que existe identidad entre la mujer con quien se tuvo el trato carnal y la que es madre del hijo demandante; mientras no se aduzca la plena prueba de que el demandante tiene por madre a la misma mujer con quien el demandado tuvo amoríos durante la época de la concepción de aquel, no puede hacerse la declaración de paternidad, puesto que es patente que si una es la madre del demandante y otra la persona con quien ayuntó el demandado, la simple prueba de haber existido relaciones sexuales con ésta no lleva a declarar que el hijo de la otra haya sido engendrado por el demandado.

No queda, pues, duda relativa a que cuando la ley, para hacer una declaración judicial de paternidad fundada en el artículo 6º, ordinal 4º de la Ley 75 de 1968, exige indiscutiblemente prueba de tres circunstancias:

a) Que el demandado tuvo relaciones sexuales con una determinada mujer;

b) Que esta mujer es la madre del demandante, y

c) Que las relaciones tuvieron lugar durante la concepción de éste.

Si el demandante, como no es infrecuente, se limita a probar que la persona a quien demanda como padre natural tuvo relaciones sexuales con determinada mujer y olvida probar que estos actos íntimos se llevaron a cabo durante la época de su concepción y con la propia persona de su madre, entonces no puede salir airoso en la causa de filiación natural, pues la presunción de paternidad no tiene como apoyo la existencia de simples relaciones sexuales, sino que éstas hayan tenido lugar con "la madre" del demandado y que ocurran "en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción".

2. Es también ajustado a la más sana doctrina jurisprudencial sostener que la más sencilla prueba, que, por otra parte, es de un gran poder de persuasión, para probar la maternidad y la fecha del parto, está constituida hoy por la copia del registro civil de nacimiento o por el correspondiente certificado notarial, expedido con base en él. Pero sería un distate jurídico afirmar que la maternidad, esto es el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, o el hecho de en qué momento ocurrió el parto, sólo puedan probarse con la copia o el certificado antedichos. Como quiera que uno y otro son sucesos de la vida diaria, de ocurrencia normal y frecuente, son episodios que pueden también ser probados con otras pruebas que lleven al juez al convencimiento de su acaecer. Y entre las mismas partes litigantes han de tenerse como acreditados con la confesión de aquel frente a quien se afirman.

3. Es preciso no olvidar que una cosa es el estado civil y otra muy distinta los hechos o actos constitutivos del mismo. El primero, por disposición expresa de la ley, sólo puede acreditarse hoy mediante la copia de la respectiva partida o folio o con el certificado notarial correspondiente; pero cuando se trata, ya no de probar el estado civil mismo, sino el hecho de que la mujer que dio a luz a una determinada persona, es la misma que durante la época de la concepción de ésta, tenía convivencia carnal con el presunto padre demandado, entonces tal circunstancia puede ser plenamente acreditada tanto con la prueba testimonial como con prueba de confesión, pues ya no se trata de comprobar un estado civil, como antes se dijo.

Entonces, si el demandado, en proceso de filiación natural propuesto con base en que existe

la cuarta de las presunciones de paternidad, acepta que es una misma la persona con quien tuvo las relaciones sexuales durante la época en que fue concebido el demandante, y la madre de éste, tal prueba es suficiente para hacer la declaración de paternidad sin que sean necesario el aporte de la copia de la partida o folio del libro de nacimientos o el certificado notarial correspondiente.

4. Pero dejando de lado los anteriores puntos de doctrina, resulta evidente que el proceso de revisión de sentencia del Juez de Menores, es uno totalmente distinto a aquel y que, por ende, para que, en el segundo, el juez civil del circuito pueda entrar a decidir sobre el fondo del tema litigado, es menester que se hallen reunidos los presupuestos del proceso, pues en caso contrario no podría dictar sentencia estimatoria, sino solo de inhibición o declarar la nulidad de lo actuado.

Como Sara Isabel García fue llamada al proceso en representación de Lisbeth, su hija extramatrimonial, y no se acreditó con la partida o folio o con el certificado notarial su estado civil de madre natural de la menor, no está satisfecho el presupuesto procesal de capacidad para comparecer al proceso con esa representación.

Pues bien, en el caso presente el primer deber del Tribunal cuando entró para estudio la causa de revisión propuesta por Juan Bosco Cediel, era analizar si se encontraban o no satisfechos los cuatro presupuestos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, pues como ha dicho la Corte, aun cuando no hayan sido objeto del recurso de apelación, los presupuestos procesales son siempre materia de análisis previo por el superior, y, si no están completos en los autos, así debe declararlo, pues la relación jurídico-procesal no se ha trabado (Gaceta Judicial, LXXVIII, 352 y CXIII, 122).

Advirtió el Tribunal que Sara Isabel García fue llamada por el actor como representante legal de la niña Lisbeth García, en su calidad de hija natural y que tratando de demostrar tal situación adujo copia del acta eclesiástica del bautizo de ésta, cuyo nacimiento había ocurrido el 1º de junio de 1975, que carece de mérito probatorio para tal efecto; que, en tales circunstancias, no aparecía acreditado el presupuesto de capacidad para comparecer al proceso, por lo que se abstuvo de dictar sentencia de mérito. Entonces, si no estaba cumplido ese presupuesto procesal, mal podía el ad quem acoger las súplicas de la demanda, como lo pretende el impugnante.

5. *Sobra precisar que el Tribunal obró bien al abstenerse de pronunciar sentencia de mérito, pero erró cuando en lugar de declarar la nulidad de lo actuado, dictó sentencia inhibitoria. En efecto, si el presupuesto que faltaba era el de capacidad para comparecer, por ser indebida la representación de una de las partes, ha debido declarar la nulidad de la actuación, dando así aplicación a lo que se dispone por el artículo 152-7.*

Además como la falla podía corregirse con el decreto oficioso de la prueba respectiva, el Tribunal, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, debió haber ordenado la aducción de la copia del registro civil.

Ahora bien, si el Tribunal encontró que no estaban satisfechos los presupuestos indispensables para la válida formación del proceso, esta conclusión se impone a la Corte, como que viene amparada con presunción de acierto, mientras el recurrente no la impugne eficazmente. En tales circunstancias se ve cómo el casacionista erró el camino por donde dirigió su ataque, pues haciéndolo, como lo hizo, por la vía directa, tal posición conlleva acogimiento o aceptación de los resultados a que llegó el Tribunal. Si éste consideró, pues, que no estaban plenos los presupuestos para la regular integración o formación de la relación jurídico-procesal, mientras no se arrasase este pilar de la sentencia, toda otra consideración resultaba huérfana de poder para aniquilar el fallo.

En casos como el presente ha dicho la Corte que la actividad impugnativa del recurrente debe dirigirse, en primer lugar, a demostrar que sí están reunidos los presupuestos procesales, para lo cual el ataque tiene forzosamente que montarse por la vía indirecta. Entonces, mientras permanezca incólume la conclusión del Tribunal relativa a que no puede entrarse a decidir el fondo del proceso, por ausencia de un presupuesto procesal, el único cargo aquí formulado resulta inocuo.

No puede, pues, casarse el fallo recurrido.

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 18 de septiembre del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Sin costas, porque el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

FILIACION NATURAL

No obstante el principio de independencia de la paternidad y de la maternidad naturales y, consecuentemente, del de las acciones para reclamar una y otra, la declaración de paternidad natural con apoyo en la existencia de relaciones sexuales precisa indicar entre quienes se tuvieron dichas relaciones, es decir, establecer previamente la filiación con respecto a la madre.

(Aclaración del voto del doctor José María Esguerra Samper).

Como no existe texto que prohíba las relaciones sexuales extramatrimoniales, no puede dárseles el calificativo de ilícitas.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Bogotá, D. E., 1º de diciembre de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de abril de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario instaurado por Marlene Díaz Bustamante en frente de los herederos de Aparicio Díaz Cabal.

I

El litigio

1. Mediante escrito presentado el 18 de octubre de 1979, y que el día siguiente correspondió en repartimiento al Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales, la citada Marlene Díaz Bustamante demandó a Ofelia Misas Panesso, María Esperanza, Piedad Lucía, Carmenza y Trinidad Ofelia Díaz Misas, a la primera como cónyuge sobreviviente y como herederas de Aparicio Díaz Cabal las cuatro últimas, en procura de las siguientes declaraciones y condenas:

Que la demandante, hija natural de Margarita Bustamante y nacida en Manizales el 23 de enero de 1943, lo es también de Aparicio Díaz Cabal; que como tal tiene derecho a la herencia de éste, en concurrencia con las demandadas y en la pro-

porción que legalmente corresponda; que, si ello fuere necesario por haberse liquidado la herencia, se ordene rehacer la partición y adjudicación de los bienes del causante; que se condene a las demandadas a pagar a la demandante el valor de los frutos naturales y civiles que hubieren producido los bienes que a ésta correspondan en la sucesión de su padre; y, por último, que se las condene además en las costas procesales.

2. Los hechos que la demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

Que durante los meses de abril, mayo, junio y julio del año de 1942 Margarita Bustamante, quien a la sazón apenas sí había superado su etapa de pubertad, tuvo relaciones sexuales con Aparicio Díaz Cabal, que entonces era soltero; que fruto de tales relaciones fue la procreación de Marlene Díaz Bustamante, cuyo nacimiento ocurrió en esa ciudad el 23 de enero de 1943, bautizada el 24 de junio siguiente en la Iglesia Catedral de allí; que en el acta de su bautismo se dejó constancia que era "hija de Aparicio Díaz Cabal y que sus abuelos paternos eran Faustino Díaz y Alejandrina Cabal, quienes en realidad eran los padres legítimos" del mentado Aparicio; que como por la época de la concepción de la demandante su madre apenas tenía la edad de 13 años, aquella "fue concebida en caso de violación carnal presunta"; que durante el embarazo y parto de Margarita, Aparicio demostró,

con hechos fidedignos, ser el padre de Marlene; y que durante toda la infancia de ésta, su adolescencia e inclusive en su edad adulta, aquél la trató como hija suya, atendió a su crianza, educación y establecimiento, por lo que los deudos y amigos de Díaz Cabal lo tuvieron siempre como padre natural de la demandante.

En su demanda aseveró además la actora que ocurrido el óbito del mentado Díaz Cabal, sucedido en esa ciudad caldense el 21 de junio de 1979, el Juzgado Primero Civil del Circuito de allí, mediante auto del 30 de julio siguiente, a instancia de las cinco demandadas declaró abierto el correspondiente proceso sucesorio, en el cual las reconoció a todas como interesadas: a la una, como cónyuge sobreviviente del causante; y a las cuatro restantes, en su calidad de hijas legítimas suyas.

3. En su oportuna contestación a la demanda todas las demandadas se opusieron a las súplicas en ella deducidas; y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la muerte del causante y al trámite de su sucesorio, los cuales sí aceptaron, negaron los demás.

En esa misma oportunidad las demandadas propusieron la excepción de mérito que denominaron "nulidad formal y sustancial de la inscripción de la actora en el Registro Civil de Nacimiento", medio defensivo que sustentaron en la afirmación de que el acta en que la demandante registró su nacimiento en la Notaría Primera de Manizales el 3 de septiembre de 1979, y cuya copia ella anexó a su demanda, es "absolutamente nula", porque:

a) Se asentó "con base en documentos de origen eclesiástico, cuyo contenido fue previamente modificado mediante alteración carente de fundamento cierto y legal", y

b) No se allegaron al registro civil correspondiente "los documentos necesarios como presupuesto de la inscripción", tal cual lo manda el artículo 104 del Decreto 1260 de 1970.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, se continuó luego la ritualidad de la primera instancia del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes.

Más tarde el juzgado del conocimiento, que como se ha dicho lo fue el Primero Civil del Circuito de Manizales, dictó su sentencia de 1º de julio de 1981, mediante la cual, luego de desecharse la excepción propuesta, declaró a la demandante como hija natural del finado Aparicio

Díaz Cabal; dispuso, en consecuencia, que aquélla tiene derecho a recibir la herencia de su padre en la proporción legal que le corresponda; ordenó inscribir en el registro del estado civil el reconocimiento de paternidad natural hecho; negó, por considerarla innecesaria, la petición referente a la refacción de la partición; y por último condenó a las demandadas en las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra esa providencia por todas las demandadas el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el que, luego de haber rituado todo el trámite de la instancia, incluso el decreto oficioso de pruebas y la práctica de éstas, dictó su sentencia de 13 de abril pasado por la cual confirmó la apelada e impuso a las vencidas en la alzada las correspondientes costas.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia.

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y de resumir el trámite del proceso, capítulo en el cual se refiere a la posición asumida por las demandadas, particularmente en frente del acta eclesiástica de su nacimiento que la demandante acompañó a la demanda, el Tribunal de Manizales inicia las motivaciones de su fallo observando que no advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

2. Estima el *ad quem*, delantadamente, que el hecho afirmado en la demanda y consistente en que en el acta de su bautismo católico se dejó constancia que la demandante es hija de "Aparicio Díaz Cabal y de que sus abuelos paternos eran Faustino Díaz y Alejandrina Cabal", no fue sin embargo demostrado en el proceso, puesto que, explica el Tribunal, si bien es verdad que a la demanda se acompañó un certificado de la Parroquia de la Catedral de Manizales que así lo dice, no lo es menos que se probó con otros dos certificados expedidos por esa misma Parroquia y con la inspección judicial practicada allí, que "en el momento del bautismo se hizo constar que Marlene es hija legítima de Jesús Díaz y Margarita Bustamante y que sus abuelos paternos fueron Faustino Díaz y Alejandrina Cabal".

Observa el juzgador *ad quem*, a renglón seguido, que mucho tiempo después del nacimiento de Marlene Díaz el Tribunal Eclesiástico de Manizales, a instancia de la aquí demandante, mediante Decreto número 1345 de 24 de agosto de 1979

dispuso corregir la partida de su bautismo en el sentido de que dijera que es "hija de Aparicio Díaz y Margarita Bustamante (no de Jesús Díaz)..."; que al final de esa partida se debía anotar la expresión "reconocimiento según declaración judicial", con indicación del Decreto Eclesiástico y su fecha; y que al expedir la copia "se hará la corrección indicada, pero se citará siempre la parte del reconocimiento". Y al referirse al acta expedida por el Párroco de la Catedral de Manizales el 24 de agosto de 1979, que se acompañó a la demanda, asevera el sentenciador de segundo grado que en ella no se cumplieron todas las ordenaciones del Tribunal Eclesiástico, pues que "no aparece la constancia de la modificación y da a entender erradamente que ese asiento es el original".

Dice además la sentencia, después de transcribir la parte pertinente de la Conferencia Episcopal de 1927, que el procedimiento allí establecido, que fue el seguido para modificar la partida de bautismo de la demandante, no puede referirse al cambio del nombre del padre del bautizado, pues que cuando no hay reconocimiento "siempre deberá demostrarse la paternidad". Concluye, sin embargo, que como el procedimiento correctivo del acta "se siguió y cumplió por quien está facultado para ello, lo cierto es que la partida de bautismo primero y el registro civil después sí prueban el hecho del nacimiento y la maternidad natural".

3. Luego de sentar la anterior conclusión, acomete el Tribunal el análisis de la pretensión de paternidad natural que es la que encuentra principalmente deducida en la demanda inicial del proceso; estima que al efecto la demandante invoca tres de las presunciones que consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968: el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción; las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre de la demandante, por la época de la concepción de ésta; y la posesión notoria del estado de hijo.

Dos razones esgrime el *ad quem* para desechar la primera de dichas tres causales, a saber:

a) Que el numeral 1 del artículo 6º de la precitada Ley 75 se refiere al "raptó o violación realmente ocurridos (sic) al tiempo de la concepción, y no a la presunta violación", y

b) Que la demandante no probó la edad de su madre, "pues al proceso no se trajo el registro civil o la partida eclesiástica de nacimiento de Margarita Bustamante".

4. Descartada pues por él la existencia de esta primera causal, emprende a renglón seguido el Tribunal el análisis de la referente a las relaciones sexuales.

Al punto cita las declaraciones de José Hernando Alviar; hace énfasis en la de José Otálvaro Díaz Cabal, hermano del presunto padre natural, e inclusive en la rendida por la misma madre de la demandante, Margarita Bustamante de Carreño. Y después de transcribir de estos testimonios sus pasos trascendentes asevera el *ad quem* que ellos, analizados en conjunto, "permiten deducir que entre la madre y el presunto padre natural de la demandante existieron relaciones sexuales por la época de la concepción, porque si bien la declaración de la madre Margarita Bustamante es sospechosa, su dicho aparece respaldado por los testigos José Hernando Alviar, quien corrobora las visitas y sobre todo por la del hermano del señor Aparicio Díaz Cabal, quien también determina los encuentros amorosos y los ubica en la época de la concepción".

5. Con fundamento en la prueba testifical referida, a la cual añade ahora las declaraciones juradas de Adiel Giraldo de Figueroa, Carlina Gómez de Yela, María Yolanda Misas Panesso y la de la demandada Ofelia Misas de Díaz, a la que atribuye especial relevancia por emanar de la cónyuge sobreviviente del presunto padre natural, asevera el juzgador de segundo grado, después de transcribir pasajes importantes de tales testimonios, que de todos éstos tiene que deducirse "sin ninguna duda la paternidad natural alegada por la demandante, pues no obstante que la anotación en la partida de bautismo sembró algún indicio en contra de esa petición, pues en tal momento se dijo que el padre era Jesús Díaz Cabal, hermano de Aparicio, y así se hizo la inscripción que sólo fue modificada 36 años después, es lo cierto que a lo largo del proceso se demostró la paternidad anunciada en el libelo introductorio".

Afirma el Tribunal que la prueba de testimonios, analizada en conjunto "da cuenta de hechos suficientes para demostrar la paternidad, como la habitación permitida por el presunto padre en su propia casa por más de dos años y luego las visitas periódicas y constantes por muchos años en las que la demandante recibía los dineros para sostenimiento y educación, hechos que fueron plenamente confirmados por otros testigos, puesto que Yolanda Misas Panesso acepta que Marlene vivió en casa de Aparicio por el

tiempo afirmado por aquélla y recibía las donaciones señaladas, y la cónyuge supérstite y Carlina Gómez de Yela ratifican además las diferentes visitas”.

6. Como razón corroborativa de la conclusión a que en este punto llega, dice el Tribunal de Manizales, aludiendo a los testimonios de Juan Bautista Díaz Cabal, Aura Nuria Díaz, Mercedes Vásquez de Yela y a la del presbítero Adalberto Botero Escobar, que si bien todas estas declaraciones pueden calificarse como “de oídas”, ellas sin embargo contribuyen a demostrar “la fama de hija de Aparicio Díaz Cabal que la demandante ostentaba en la comunidad; y que fue precisamente este elemento configurativo de la posesión, plasmado en las declaraciones extrajuicio, . . . lo que llevó al Tribunal Eclesiástico a la modificación del registro ya comentada”.

Expresa, finalmente, que aunque sería suficiente una sola de las causales para hacer la declaración de paternidad natural, la Sala falladora “consideró atinado estudiar dos porque ellas se complementan y aseguran aún más la interpretación de los hechos, pues mutuamente se sirven de indicio”.

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación las demandadas. En su respectiva demanda las recurrentes formulan contra dicho fallo dos cargos, ambos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, censuras que la Corte procede a examinar y despachar en el orden en que vienen propuestas.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 6º, ordinales 4º y 6º de la Ley 75 de 1968, y 18 y 19 de la 45 de 1936, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación del certificado de registro civil de nacimiento y la partida eclesiástica del bautismo de Marlene Díaz Bustamante, documentos éstos que obran en los folios 1 y 2 del cuaderno principal.

El casacionista señala, como violación medio, la de los artículos 63 y 104 del Decreto 1260 de 1970.

2. En sustentación del cargo la censura comienza por recordar que la partida eclesiástica del bautismo de la demandante, expedida en agosto de 1979 por el Párroco de la Catedral de Manizales y acompañada a la demanda, tuvo origen en un procedimiento eclesiástico en el cual, por orden del Provisor de esa Arquidiócesis, se autorizó una modificación en dicha partida, consistente en cambiar el nombre del padre de la bautizada que en ella aparecía, o sea el de Jesús Díaz por el de Aparicio Díaz; y que con base en dicho cambio se hizo por el Notario Primero de esa ciudad, apoyado en una copia del acta de bautismo así modificada, el registro civil del nacimiento de la demandante en septiembre de 1979.

Agrega el casacionista que como el procedimiento eclesiástico aludido se surtió “sin audiencia de los interesados (salvo de la misma Marlene) y que obviamente no concurrió el presunto nuevo padre”; y que como el Párroco de la Catedral de esa ciudad, al expedir la nueva copia del acta de bautismo, no acató todas las ordenaciones del Tribunal Eclesiástico, tal cual lo reconoce el sentenciador *ad quem* en su fallo, entonces “resulta claro que se presenta el caso de nulidad formal de la inscripción notarial respectiva al nacimiento de Marlene Díaz Bustamante, a la luz del artículo 104 del Decreto 1260 de 1970”, que en su numeral 5 consagra esta invalidez para cuando “no existan los documentos necesarios como presupuestos de la inscripción o de la alteración o cancelación de ésta”. Y que además a dicha informalidad se suma el incumplimiento del artículo 63 *ibidem*, según el cual cuando la persona “cuyo nacimiento pretende inscribirse sea mayor de siete años, a la inscripción deberá proceder la constancia de que aquél no ha sido registrado, expedida por la oficina central”.

3. Concretando el yerro de derecho que le arrostra a la sentencia por él combatida, dice el casacionista que al no reconocer el Tribunal la nulidad alegada para el registro civil del nacimiento de la demandante aplicó indebidamente las normas legales sustanciales, cuya violación denuncia. “Lo anterior es evidente y lógico —afirma el impugnante—, por cuanto en el presente proceso se requería demostrar la filiación natural de la actora con respecto a la madre. Y la prueba aportada para ello, que era el registro civil del folio 1 del cuaderno número 1, por las anomalías anotadas en los antecedentes que sirvieron para asentar en la Notaría Primera de Manizales el serial número 4412161, lo conver-

tían en un documento formalmente nulo, ineficaz e inoponible a los sucesores o causahabientes de Aparicio Díaz Cabal. Si hubo anomalías formales en la corrección de la partida de bautismo de Marlene, que llevaron a configurar también nulidad formal del registro civil del nacimiento de la misma, esa nulidad cobija integralmente al documento y no en forma parcial, como al parecer lo entendió el Tribunal . . .”.

Considera el censor, y así lo asevera al rematar la sustentación de este cargo, que si en los procesos de filiación natural “con respecto al padre, como el presente, se requiere, como presupuesto indispensable, la demostración de la filiación del presunto hijo natural con respecto a la madre”, en el caso que aquí se estudia no puede prosperar la pretensión de paternidad suplicada porque no existe prueba eficaz de la maternidad de Marlene Díaz Bustamante.

Se considera

1. *La filiación, que es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y un descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal.*

La maternidad y la paternidad constituyen pues la doble fuente de la filiación; consiste la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. Al respecto ha dicho la Corte que “el parto dice que la mujer es madre, pero no dice jamás con la misma evidencia quién es el padre. Débese ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de tal cohabitación” (LXXXVII, 84).

La vinculación de sangre entre el hijo y su padre o su madre puede tener origen en relaciones sexuales lícitas o ilícitas, esto es, en el matrimonio o en relaciones extramatrimoniales: si lo primero, la filiación es legítima; si lo segundo, ésta es ilegítima, sin que tal categoría dependa de la voluntad del hijo o de la de sus padres, puesto que es la ley la que impone esta o aquella

filiación independientemente del querer del uno o de los otros.

2. *La filiación constituye un estado civil. Y como éste es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles, para su protección se han consagrado “las acciones de estado”, de las cuales emergen con particular relevancia la de reclamación y la de impugnación. Mediante la primera se busca el reconocimiento de una calidad civil que no se posee y que en derecho corresponde realmente al reclamante; tiene por finalidad la segunda destruir un estado civil cuando de él un individuo viene gozando aparentemente.*

En punto a filiación, que como está dicho constituye un estado civil, la acción de reclamación se contrae a obtener judicialmente el reconocimiento de hijo legítimo o natural, cuando el demandante se halla privado de una de estas calidades que es la que en derecho le corresponde. Y como la filiación, ora sea la legítima o ya la natural, vincula al hijo con una mujer y un hombre determinados que son sus progenitores, esta acción de reclamación puede tener como objetivo inmediato y propio la investigación de la maternidad o de la paternidad.

3. *Sucedee, empero, que como el hijo, para que tenga la categoría de legítimo tiene que serlo necesariamente de los dos progenitores, la filiación legítima resulta inequívocamente indivisible con respecto al padre y a la madre; la maternidad del hijo legítimo decide y determina su paternidad legítima, desde luego que por presunción legal el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre. Todo lo cual significa que la acción de reconocimiento de hijo legítimo se reduce, en últimas, a una investigación de la maternidad legítima, puesto que probado por el hijo que tal mujer casada es su madre automáticamente acredita su filiación legítima completa.*

No ocurre lo propio con la filiación natural, la que, por ser individual existe separadamente con relación al padre y a la madre; en ella, precisamente por la falta de vínculo jurídico entre los progenitores del hijo, la prueba de la filiación con respecto a la madre no produce ningún efecto sobre la filiación paterna. Lo cual ha conducido a la doctrina a predicar el principio de la independencia de la paternidad y de la maternidad naturales, y por consecuencia la de las acciones para reclamar judicialmente la una o la

otra, a virtud del cual el hijo puede investigar su maternidad natural sin que la paternidad sea por ello prejuzgada; o reclamar y probar aquélla cuando ésta sea completamente desconocida y por ende indeterminada.

4. Pero si en frente de la acción de investigación de la maternidad natural el principio indicado no parece tener límites, tratándose de la acción de reclamación de la paternidad natural ese postulado no tiene, ni pueden reconocérsele efectos absolutos. En efecto:

Según lo estatuido por los numerales 4 y 6 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, a la investigación judicial de la paternidad natural puede acudir en los casos en que "entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales" en la época en que tuvo lugar la concepción; o cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo. Si la acción reclamatoria de una paternidad natural se funda en esta última presunción, no hay necesidad de que la filiación materna se halle definida, pero ni siquiera es indispensable dar el nombre de la madre o de la prueba de quién es ésta, sencillamente porque en tal supuesto la paternidad se infiere del hecho de que el presunto padre haya dado al pretendido hijo el tratamiento de tal. Así lo tiene dicho la Corte, entre otras, en las siguientes sentencias: 11 de agosto de 1954, Tomo LXXVIII, 295; 29 de enero de 1962, Tomo XCVIII, 12; 2 de septiembre de 1964, Tomo CVIII, 229; y 5 de febrero de 1970, Tomo CXXXIII, 48.

Por chocar abiertamente con la naturaleza de las cosas, afirmación semejante no cabe hacer ciertamente en el caso de que la acción de investigación de la paternidad natural venga apoyada en la primera de las dos presunciones dichas, esto es, en relaciones sexuales, desde luego que éstas, para que funden la declaración judicial de esta filiación, tienen que haber existido entre una mujer y un hombre determinados, o, como lo dice el precepto legal pertinente, "entre el presunto padre y la madre" (se subraya). Como cuando se afirma que un hombre es el padre de tal hijo, lo que en el fondo se imputa a aquél es una cohabitación con la madre que produjo la concepción de éste, inútil resultaría la acción de filiación fundada en relaciones sexuales sin indicar entre quiénes se tuvieron, puesto que, como lo ha dicho la Corte, "esas relaciones suponen los dos extremos procreadores" (CVIII, 229).

Lo que significa, en suma, que tratándose de relaciones sexuales sí se requiere, para definir judicialmente la paternidad natural, que previa-

mente se haya establecido la filiación con respecto a la madre, o cuando menos, que en el mismo proceso de investigación de la paternidad se compruebe la filiación materna. Injurídico a todas luces sería definir en sentencia esa paternidad con base en relaciones sexuales, sin vincular con éstas al padre así declarado y a una mujer determinada.

Por lo demás, este ha sido en el punto el criterio de la jurisprudencia. En efecto, determinando el contenido de la presunción de paternidad natural consistente en relaciones sexuales dijo la Corte en sentencia de 25 de abril de 1965: "Como es obvio y se cae de su peso, el primero y cardinal de los factores constitutivos de esta causal es la existencia de relaciones sexuales, entre la mujer que figura como madre del hijo y el varón señalado como padre presunto. Ninguna explicación requiere este elemento, desde luego que toda persona es fruto de la relación o cópula sexual entre un hombre y una mujer. Importa sí advertir que la invocación de esta misma causal, impone la necesidad de probar también quién es la madre del hijo que, por sí mismo o por mediación de otra persona, demanda la declaración judicial de paternidad natural con relación a determinado hombre. La causal exige que el demandante acredite quién es su madre y que ésta tuvo relaciones sexuales con el varón a quien señala como su padre natural" (CXI y CXII, página 88).

5. Como quedó visto con toda nitidez en la primera parte de esta providencia, el Tribunal de Manizales declaró la paternidad natural deprecada por la demandante Marlene Díaz Bustamante no sólo con fundamento en las relaciones sexuales habidas, durante la época probable de la concepción de ésta, entre Margarita Bustamante y Aparicio Díaz Cabal, sino también y fundamentalmente en la posesión notoria del estado de hija que aquélla demostró tener en relación con éste.

Siendo ello así, como en realidad lo es, tiene que decirse que el error de derecho a que en este cargo alude el casacionista, aún en el evento de existir, carecería de relevancia jurídica para quebrar la sentencia combatida, desde luego que el contenido de ese fallo tendría que mantenerse por estar apoyado también en posesión notoria, causal esta que, al contrario de la de relaciones sexuales, puede fundar la declaración de paternidad natural sin necesidad de que esté definida previamente la filiación materna de la demandante.

6. Y si la cuestión se contempla desde otro punto de vista, para llegar al rechazo de esta censura tendría que decirse que el sentenciador *ad quem* no incurrió en el yerro de valoración probatoria que se le endilga, al apreciar el registro civil del nacimiento de Marlene Díaz Bustamante, puesto que en él el mismo notario que lo inscribió dice que tuvo en cuenta o lo asentó con apoyo en copia del acta eclesiástica expedida por el Párroco de la Catedral de Manizales, "Serial número 4412161 de septiembre 3/79".

Lo cual significa, a no dudar, que como se trató evidentemente del registro de un nacimiento fuera del término prescrito por el Decreto 1260 de 1970, el notario sí exigió al interesado, y éste en verdad lo acreditó, con "copia de las actas de las partidas parroquiales, respecto de las personas bautizadas en el seno de la Iglesia Católica", como lo exige el artículo 50 de dicho estatuto. Y con ello puede decirse inequívocamente que no se da en este caso la nulidad formal de la inscripción del nacimiento a que alude el numeral 5 del artículo 104 *ibidem*, consistente específicamente en la inexistencia de "los documentos necesarios como presupuestos de la inscripción o de la alteración".

7. Aún aceptando la tesis planteada por el recurrente, que consiste en que el registro civil del nacimiento de la demandante es jurídicamente ineficaz, lo mismo que el certificado eclesiástico de su bautismo que allegó la demandante, no podría decirse que faltaría la prueba del nacimiento de ésta y la de su maternidad natural, pues ahí estarían acreditando tales dos hechos las actas que la propia demandada allegó al proceso, en todas las cuales se dice que nació el 23 de enero de 1943 y que es hija de Margarita Bustamante.

Porque es lo evidente que la primera copia de la partida se tachó, pero en el específico punto de la paternidad allí atribuida a Aparicio Díaz Cabal; jamás se impugnó dicho certificado, ni fue materia de modificación alguna, en lo relacionado con la fecha del nacimiento de la demandante y su maternidad natural. Entonces esos dos aspectos tienen que aceptarse, como con acierto los aceptó el Tribunal de la segunda instancia, tanto más si se considera que al juez se le impone, según el principio de la apreciación racional, apreciar todas las pruebas en conjunto como se lo manda el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

No prospera pues esta censura.

Cargo segundo.

1. Con éste las recurrentes acusan igualmente la sentencia de segundo grado de ser indirectamente violatoria, también por aplicación indebida, de las mismas normas de derecho sustancial señaladas en el cargo precedente, pero indicando aquí como causa de dicha infracción los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial que tomó en apoyo de su decisión.

2. En el inicio de la fundamentación de este cargo el censor se duele de que el Tribunal de Manizales, para acceder a la súplica de la demandante, hubiera complementado dos presunciones de paternidad natural, puesto que dice aquél que el procedimiento seguido por éste, en el cual se trata "de hacer una mezcla de dos situaciones que la ley en su sabiduría distingue y separa para dar a cada una, independientemente, fuerza suficiente en miras a la presunción de la paternidad, no resulta claro"; "siendo que se trata de dos supuestos de hecho totalmente diferentes", no es aceptable decir "que una de las causales sirve de convicción o de soporte a la otra", como lo hace la sentencia combatida.

Y sobre ese postulado inicial agrega que desde ese punto de vista "se advierte, por tanto, un principio de error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial", pues que el Tribunal refunde o mezcla las declaraciones referentes a las relaciones sexuales con las que aluden a la posesión notoria.

3. Pasa luego el casacionista a combatir la conclusión que el *ad quem* sacó en punto a relaciones sexuales, en mira de lo que critica globalmente los testimonios tomados en consideración por el sentenciador, para decir que se trata de declaraciones "vagas y no precisas sobre el hecho fundamental, que es el de relaciones sexuales entre Aparicio Díaz y Margarita Bustamante en los meses de abril, mayo, junio y julio de 1942, . . . No se ajustan al rigor que requiere la causal cuarta sobre presunción de concepción y de paternidad . . ."; todos los declarantes, añade el casacionista, "no hacen alusión fiel y atendible en torno a las relaciones sexuales circunscribiendo el conocimiento y el dicho a la época en que conforme al artículo 92 del Código Civil pudo tener la concepción de Marlene Díaz. Tampoco infieren esas relaciones del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, ni relatan circunstancias sobre su naturaleza, intimidad y continuidad".

En su análisis crítico que separadamente hace de cada uno de los testimonios, dice la censura que el de José Hernando Alviar es "impreciso, vago, que no concreta fechas, ni circunstancias ... no ofrece certeza, ni convicción sobre las relaciones sexuales entre Díaz y la Bustamante"; relativamente al de José Otálvaro Díaz Cabal, después de transcribir algunas de sus respuestas, dice el recurrente que también este testimonio es vago e impreciso, puesto que habla de las visitas de Margarita a Aparicio antes del matrimonio de éste, es decir, según el declarante, "en 1942 o 1943"; y que el testimonio de Margarita Bustamante fue tachado, pues "ofrece alta medida de sospecha, por cuanto precisamente los hechos que se pretenden demostrar tienen que ver con su propia conducta, para producir un beneficio en favor de la demandante"; que siendo la declaración de la propia madre de éste, tal circunstancia "obliga a desestimar por completo este testimonio parcializado".

4. En lo atinente a la posesión notoria del estado de hija, que además de la anterior presunción también tomó en su apoyo el Tribunal para hacer la declaración de paternidad natural, expresa la censura que no hay prueba de los elementos que la deben configurar, pues que "no hay en el proceso ninguna declaración verdaderamente atendible y sería que dé información y razón sobre trato que hubiese dado Aparicio Díaz Cabal, ante sus allegados y vecindario, comportándose como padre de Marlene ... Simplemente los testimonios hablan de que la demandante visitaba la casa de don Aparicio y doña Ofelia, especialmente por la época de vacaciones y Feria de Manizales y era recibida y alojada allí. Y también dan cuenta de que recibía atenciones, regalos y dádivas de dinero, en forma esporádica, ya que directamente o por intermedio de su abuela, demostración esta de aprecio y colaboración muy explicable si se tiene en cuenta que Marlene Díaz era ahijada de doña Ofelia ...". Considera el impugnador de la sentencia que en ésta hay error de hecho en la apreciación del testimonio de Adiel Giraldo de Figueroa, prima hermana de Marlene y que por eso fue tachada de sospechosa, porque la declarante "no indica circunstancias de tiempo y lugar y en otras resulta en contradicción con la declaración que posteriormente rindió ante el Tribunal"; que el testimonio de Carlina Gómez de Yela "también adolece de vaguedades y la mayoría de las contestaciones que dan son 'de oídas'"; que resulta "endeble, falta de consistencia, de credibilidad y de confiabilidad esta declaración"; y que la

declaración de Yolanda Misas Panesso es también "contradictoria y no creíble, pues que ella alude a la época corrida entre 1952 y 1981, o sea cuando Marlene no tuvo contacto con la familia de Díaz Cabal".

Relativamente al testimonio de Ofelia Misas de Díaz, que el Tribunal consideró total para deducir la posesión notoria del estado de hija de Aparicio Díaz Cabal que tiene la demandante, porque la deponente es la cónyuge sobreviviente de aquél, dice el casacionista que en dicha declaración su autora "es consecuyente y concorde, pero en ningún pasaje o respuesta da pie para deducir que existieron actos concretos sobre tratamiento público que hubiese dado el señor Aparicio Díaz a Marlene Díaz, distinguiéndola o señalándola como su hija natural"; que los aspectos a que la deponente se refiere son diferentes, o sea que fue la madrina de confirmación de Marlene, conoció a la abuela de ésta, quien "iba esporádicamente a la funeraria y recibía ayudas económicas de Aparicio, que en varias ocasiones recibió en su casa a la demandante y la admitía en temporadas de vacaciones".

Se considera

1. En la sustentación de este cargo, y concretamente en lo relacionado con la posesión notoria del estado de hija que la sentencia deduce para Marlene Díaz Bustamante relativamente a Aparicio Díaz Cabal, el casacionista se limita a censurar la apreciación que el Tribunal hizo de los testimonios rendidos por Adiel Giraldo Figueroa, Carlina Gómez de Yela, María Yolanda Díaz Panesso y Ofelia Misas viuda de Díaz; dice que estas declaraciones testimoniales, contrariamente a lo que la sentencia combatida sostiene, no demuestran la posesión notoria del estado de hija natural que la demandante reclama en relación con el mentado Aparicio Díaz Cabal, pues que "no llegan a formar una convicción firme, fidedigna y clara" sobre la existencia de tal posesión notoria.

Pero olvidó el recurrente, o por lo menos no formula ataque contra la apreciación de estos otros elementos de prueba, que el Tribunal dio por existente la posesión notoria referida no sólo con apoyo en esos cuatro testimonios, sino también en los de José Hernando Alviar, José Otálvaro Díaz, Margarita Bustamante, Juan Bautista Díaz Cabal, Aura Nuria Díaz, Mercedes Vásquez de Yela y el del presbítero Adalberto Botero Escobar. El parcial ataque a la apreciación

de elementos de prueba que el Tribunal tuvo en cuenta para fundar su sentencia sería motivo suficiente para desechar el cargo, pues aún en el evento de que la censura limitada saliera victoriosa el fallo tendría que mantenerse por encontrarse apoyado en fundamentos que, por no haberse atacado en casación, continúan amparados en la presunción de acierto.

2. Pero si la Corte debiera hacer abstracción de la deficiencia apuntada, tendría que decir que los testimonios a que la censura se refiere en esta parte del cargo no son vagos, imprecisos, ni menos contradictorios y que, por consiguiente, el cargo no está llamado a prosperar.

La testigo Ofelia Misas viuda de Díaz, cuya declaración es singularmente importante, puesto que fue la esposa del presunto padre natural, dice que conoció a Marlene desde cuando ésta tenía unos seis años de edad y que fue su madrina de confirmación; que la niña iba frecuentemente a la casa de habitación de la deponente, acompañada algunas veces de su abuela, a pedirle ayuda a Aparicio y que éste “entregaba periódicamente dinero a la señora Ana María Vásquez con destino a Marlene, le hacía ayudas muy espontáneas, pero nunca se enumeró con destino a qué ni por qué”; que si bien la demandante no habitó en casa de la deponente, sí estuvo allí en visitas temporales, “cuando la llevaba la abuelita”; que es cierto que ella, a petición de su esposo, admitió en su casa a Marlene “por la temporada de vacaciones y salíamos con ella”; que también estuvo en su casa de campo en algunas ocasiones: “Mi casa —dice la testigo—, por época de ferias se llenaba para ver los desfiles y Marlene iba inclusive con sus primas”.

Yolanda Misas Panesso, hermana de la anterior declarante, asevera que conoció a Marlene cuando ésta tenía “de 8 a 11 años”, porque entonces ella era “secretaria de Aparicio Díaz Cabal . . .”; que la mentada niña con frecuencia iba a la casa de éste “y allí le daban ropa, plata y hasta alcanzó a estar dos años en la escuela primaria . . . y durante esa época vivió en la casa de Ofelia”; que en la casa de ésta a la niña la trataban “bien y le daban comida y ropa”; y que Aparicio particularmente “le daba buen trato, no me consta que en alguna ocasión la hubiera tocado, aunque él era muy exigente en la cuestión del estudio, porque le exigía casi de memoria . . .”.

La testigo Adiel Giraldo Figueroa, quien dice que conoció a Aparicio Díaz Cabal porque varias

veces estuvo en casa de éste, adonde la llevaba su abuelita, que era “la encargada de la educación de Marlene”, pues iban “por dinero para la educación” de ésta; asevera además que por esa razón sabe que “el señor Aparicio se hizo cargo de Marlene Díaz desde muy pequeña y la tuvo en su casa cuando estaba recién casado”; que la “trató y reconoció como a su hija natural ya que convivió sus primeros meses con Marlene después de los dos años de edad de ésta, y de allí en adelante siguió viendo por las necesidades de la menor”; que como la deponente residía en la casa de la abuelita de Marlene, sabe que después de los seis años de edad ésta vivió, pues la declarante también lo hacía, “en la casa del señor Aparicio Díaz por espacio de 8 y 15 días durante las vacaciones conviviendo con las hijas legítimas de Aparicio en la casa y en la finca de éste, permanecíamos paseando por temporadas y doña Ofelia, esposa del señor Aparicio nos atendía muy bien, comíamos en el comedor junto con ellos”; que todo eso sucedió a partir de 1946 y hasta el año de 1958; que por razón de haber presenciado directamente los hechos, sabe que los parientes de Aparicio tuvieron siempre a Marlene como hija suya, puesto que “nosotros permanecíamos en las vacaciones en la época de diciembre y enero en la casa del señor Aparicio donde se encontraban los amigos y familiares” de éste.

Carlina Gómez de Yela, dando atendibles razones de la ciencia de su dicho, asevera en su declaración jurada que como Marlene estuvo, junto con su abuelita, por alguna época en la casa de la deponente, sabe que frecuentemente iban a donde Aparicio Díaz “a que les pasara porque él era el papá . . . El les daba ropa, comida, hasta libros, vi que le dio para estudiar . . .”.

Y el testigo José Otálvaro Díaz Cabal, cuyo dicho es singularmente atendible, pues es hermano del presunto padre y por tanto amplio conocedor de la conducta de éste, dice que “siempre presumió” que la demandante es sobrina suya, “porque en la época en que nació esta niña, la mamá visitaba casi todos los días a Aparicio en la funeraria y en ocasiones amanecía” allí; que sabe que a raíz del embarazo de Margarita Bustamante y del nacimiento de Marlene, su hermano Aparicio “tuvo problemas” con la madre de Margarita, “problemas que yo no sé cómo solucionó”; que todo eso ocurrió como dos o tres años antes de que Aparicio se casara con Ofelia Misas, “diga usted 1942 o 1943”.

3. Bastaría el compendio que se ha hecho de los anteriores testimonios para advertir, al contrario de lo que afirma el casacionista, que las afirmaciones de los declarantes están exentas de dudas o vacilaciones; que estos testigos, como los restantes que el Tribunal tomó en apoyo de su decisión en punto de posesión notoria y que el recurrente no impugna en esta parte del cargo, no se contradicen en ninguna de las respuestas que dieron a todas las cuestiones que se les preguntaron.

Es preciso recordar además que, como sin eclipses lo han sostenido al unísono doctrina y jurisprudencia, en el régimen probatorio en la cuestión de investigación de la paternidad natural no puede exigirse un criterio tan severo que llegue a establecer un sistema de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial. Por esto la ponderación de los testimonios que la acreditan tiene que quedar a la cordura, perspicacia y meditación del juzgador, quien tiene que analizarlos con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de cada testigo, el medio en que éstos actúan; evaluándolo no uno a uno sino en recíproca penetración de sus dichos, a fin de determinar hasta dónde han de ser pormenorizados los datos que cada testigo aporte, y, en fin, sopesar todos los elementos de juicio que le permitan el convencimiento interior afirmativo o negativo de la filiación deprecada.

Y si la sentencia de instancia que así lo deduzca no se sitúa ostensiblemente al margen de lo razonable, o si no contradice manifiestamente lo que la prueba testifical indica, que es justamente lo que ocurre en el presente caso, tiene que permanecer y mantenerse inmutable en casación, pues en esas precisas circunstancias a la Corte le queda vedado modificar o variar la apreciación probatoria que el fallo impugnado trae.

4. Síguese de lo expuesto que la deducción que hizo el Tribunal Superior de Manizales, en cuanto a que sí quedó demostrada la posesión notoria del estado de hija que la demandante tiene en relación con Aparicio Díaz Cabal, corresponde en verdad a la evidencia que el proceso muestra; y que como en la apreciación de las pertinentes pruebas no incurrió el sentenciador en el error de hecho que la censura le enrostra, la declaración de paternidad natural contenida en el fallo combatido no puede quebrarse.

Y como para hacer declaración semejante sólo basta la existencia de una sola de las presuncio-

nes que la ley consagra al efecto, sin que sea necesaria por ende la concurrencia de dos o más, la Corte se considera relevada del deber de estudiar los ataques que en relación con la causal de relaciones sexuales, también tomada por el *ad quem* en apoyo de su decisión, formula el casacionista, desde luego que aún en el evento de que las censuras en ese específico punto alcanzaran éxito la decisión combatida no podría casarse por encontrar fundamento sólido en la posesión notoria.

El cargo resulta pues ineficaz.

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 trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de la parte recurrente.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Aclaración de voto

Si bien es cierto que ilícito, según el Diccionario de la Lengua Española, es lo no permitido legal y moralmente, también lo es que en una sentencia civil no viene muy al caso darle ese calificativo como lo hace la sentencia que antecede a las relaciones sexuales extramatrimoniales.

No existe ningún texto legal que prohíba ese tipo de relaciones; antes bien, la Ley 29 de 1982, por ejemplo, dispone que los hijos extramatrimoniales tienen los mismos derechos y obligaciones que los legítimos y los adoptivos.

En buena hora el legislador de 1936, mediante la Ley 45 derogó los artículos 52, 57 y 58 del Código Civil que se referían a los hijos espurios,

de dañado y punible ayuntamiento, adulterinos e incestuosos. A las relaciones de las que eran producto esos hijos sí podía calificárselas de ilícitas o ilegales. Hoy esos términos considero que no corresponden al estado actual de nuestra legislación y que por añadidura son anacrónicos.

Esta es la única salvedad que tengo que hacerle a la sentencia anterior, la cual, por lo demás, comparto totalmente.

José María Esguerra Samper.

Fecha *ut supra*.

MUTUO DISENSO TACITO

El incumplimiento, aisladamente considerado, no es por sí solo indicativo de la voluntad de las partes de resolver el contrato; junto con aquél debe haber hechos que demuestren inequívocamente que, además de la voluntad de incumplimiento, hubo la de resolver.

La adecuada interpretación del artículo 1609 del Código Civil permite llegar a una situación, cuyas consecuencias son equivalentes a las del mutuo disenso, pero cuyos fundamentos son diferentes.

Interpretación tradicional de la norma y sus consecuencias.

Etiología de la jurisprudencia glosada.

Excepción de contrato no cumplido.

Diferencia entre nuestro sistema jurídico y el francés frente al fenómeno del mutuo incumplimiento. Verdadera interpretación del artículo 1609 del Código Civil; en los contratos bilaterales cuando ambos han incumplido ninguno está en mora, pudiendo cualquiera de ellos, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios; o la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Inaplicabilidad en estos casos del artículo 1546, el cual regula el fenómeno del incumplimiento de uno y del cumplimiento del otro. Consecuencias de la resolución de la permuta. Tratándose de la devolución de dinero es preciso tener en cuenta la permanente desvalorización de la moneda para disponer el reajuste monetario con el fin de no dar lugar al enriquecimiento injusto de quien debe devolver una misma cantidad, pero con menor valor adquisitivo y al empobrecimiento correlativo del obligado a recibir.

(Salvamento de voto de los Magistrados, doctores Alberto Ospina Botero y Humberto Murcia Ballén).

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Antecedentes

Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

Bogotá, D. E., diciembre 7 de 1982.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de quince de julio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar.

Entre demandante, como prometiente vendedor, y demandado, como prometiente comprador, se suscribió en Bogotá el 6 de octubre de 1977 un contrato de promesa de permutar un predio triangular con cabida de dos hectáreas, ubicado en el Municipio de Chía, que hace parte de la hacienda "La Chabela", por parte en dinero y unos ganados. Como el inmueble negociado tiene menos de tres hectáreas se estipuló que se destinaría exclusivamente a vivienda del prometiente comprador. El precio fue de \$ 500.000.00, pagaderos así: \$ 200.000.00 que se entregaron en el momento de firmar la promesa y el saldo

se pagaría al día siguiente en ganado (19 vacas y 8 novillas). Las partes convinieron en hacer un levantamiento topográfico para precisar linderos cuyo valor se pagaría por ambas, estipulando que la contratación del topógrafo agrimensor se haría por el prometiente vendedor. El impuesto predial lo pagaría proporcionalmente el prometiente comprador a partir de la fecha de la promesa. La escritura que solemnice el contrato prometido se debía otorgar el día 7 de febrero de 1978, a las 3 p. m., en la Notaría Novena de Bogotá. Llegado ese día las partes convinieron por escrito en posponer el otorgamiento de la escritura hasta el día 7 de mayo de 1978, sin dejar en el documento constancia de la razón del aplazamiento.

El 7 de mayo de 1978 ninguna de las partes contratantes compareció a la Notaría acordada a cumplir el contrato de promesa. Ese día no se había pagado por ninguna de las partes el impuesto predial correspondiente al año 1978, pues según recibo del folio 5 vino a pagarse el 12 de junio de ese año. Tampoco ninguna de las partes contratantes estaba a paz y salvo por concepto de impuesto sobre la renta (folio 38).

El inmueble objeto del contrato fue entregado materialmente desde la fecha de la celebración del contrato de promesa.

Con fundamento en los hechos que se dejan sucintamente relatados, Aconcha demandó a Escobar recabando en su libelo demandatorio la resolución del contrato de promesa de permuta por incumplimiento de éste y la condena consecuencial a restituir el inmueble prometido, a los frutos naturales y civiles y a la pérdida de los doscientos mil pesos entregados al celebrar el contrato, suma que las partes elevaron a la calidad de arras, sin que hubiese en la demanda petición alguna de condena en perjuicios. Subsidiariamente se solicitó la declaratoria de nulidad absoluta del contrato y sus consecuencias.

El demandado al contestar el libelo aceptó algunos hechos, entre otros el de no haberse otorgado la escritura, y negó enfáticamente que hubiese incumplido su obligación de pagar el precio. En gran parte su actividad probatoria se encaminó a demostrar cómo el día convenido hubo la entrega del ganado prometido en permuta.

El Juzgado *a quo*, que lo fue el Sexto Civil del Circuito de Bogotá, falló el asunto en primera instancia en providencia de 22 de enero de 1981, en la cual llegó a la conclusión de que el deman-

dado Escobar fue puntual en el pago del segundo contado del precio, pues las pruebas demuestran que fue cancelado mediante la entrega de los semovientes vacunos estipulados en los términos de la cláusula 4ª del contrato. En cuanto a las demás obligaciones (al parecer la de pagar proporcionalmente el impuesto predial y el valor de la mensura), consideró el juzgado que "tales obligaciones eran de imposible cumplimiento en la forma en que estaban concebidas". Concluyó el fallador de primer grado: "Por tales razones, el juzgado aprecia total cumplimiento de las obligaciones a cargo del prometiente comprador, y en especial aquella que se refiere al pago del precio convenido". Es de observar que nada dijo el juzgado respecto al cumplimiento por parte del demandado de la obligación de suscribir la escritura el 7 de mayo de 1978.

Posteriormente entró el juzgado al examen de las obligaciones del prometiente vendedor y luego de ratificar con citas de la jurisprudencia que solamente el contratante cumplidor de sus obligaciones tiene derecho a pedir la resolución, concluyó: "Nació para el demandante Luis G. Aconcha K. exclusivamente la obligación de hacer, consistente en el otorgamiento del título escriturario que perfecciona la venta prometida, para lo cual inicialmente se fijó las tres de la tarde del 7 de febrero de 1978, ante la Notaría Novena del Circuito y luego se convino en prorrogarla para el 7 de mayo del mismo calendario, ante la misma oficina. Palmariamente se demuestra que tal obligación no fue satisfecha por el prome-tiente vendedor, ni se allanó a ella . . . En estas condiciones, es ostensible que el demandante no goce del derecho a incoar la pretensión que nos ocupa, pues no ameritó que cumpliera la obligación básica . . ." (cuaderno número 1, folio 73). De cómo la obligación de otorgar el título escriturario nació exclusivamente para una parte que, por ende, fue la única que incumplió, es algo que no se explica en el fallo ni inferirse puede de su texto. La verdad es que la obligación de hacer nació por virtud del contrato para ambas partes y ninguna acreditó haber cumplido o tratado de hacerlo. En las condiciones narradas el juzgado denegó la resolución incoada y denegó también la nulidad absoluta por considerar que no había lugar a ella por haberse destinado el inmueble para vivienda. La parte demandante apeló de la sentencia.

La sentencia acusada

Dijo el *ad quem*: "... está probado que el demandante no compareció a otorgar la escritura

de venta el 7 de mayo de 1978 en la Notaría Novena del Circuito de Bogotá, por lo que se deduce que el demandante no cumplió su obligación principal” (folio 17, al final, cuaderno número 2). Y luego agregó: “Está probado que el demandado pagó el precio ... Tampoco compareció el demandado a suscribir la escritura de venta el 7 de mayo de 1978 en la Notaría Novena de Bogotá ... Lo anterior está indicando que las dos partes incumplieron sus obligaciones” (folio 18 del cuaderno número 2). Del anterior examen de los hechos que encontró probados el Tribunal, éste concluyó: “Así las cosas, habiendo incumplido las dos partes, se debe declarar la terminación del contrato por mutuo disenso tácito al tenor del artículo 1602 del Código Civil” (último renglón del folio 18 y comienzo del 19). Transcribiendo apartes de la sentencia de la Corte de 23 de septiembre de 1974 en el ordinario de Inversiones Industriales Limitada contra Industria de Herrajes Limitada, el Tribunal hace suya la siguiente afirmación que le sirve como sustento doctrinario: “De consiguiente, expuestos los hechos del litigio, en armonía con el anterior criterio, el contrato de que se viene hablando debe ser declarado disuelto por *mutuo disenso tácito de las partes que se deduce inequívocamente del incumplimiento recíproco de ambos contratantes*” (el subrayado es de la Corte. Folio 20 del cuaderno del Tribunal).

Con fundamento en el análisis fáctico y el planteamiento jurídico el fallador de segundo grado revocó el fallo del inferior y en su lugar declaró resuelto el contrato aludido por mutuo disenso tácito, condenando al demandado a devolver el inmueble y al demandante la cantidad de \$ 500.000.00 más intereses legales.

Contra el fallo que se deja sintetizado interpuso la parte demandada el recurso de casación que ahora se entra a examinar.

La demanda de casación

Primer cargo. Se enfila por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por vía indirecta, por ser la sentencia violatoria, por falta de aplicación de los artículos 1603, 1604, 1608, 1609, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil y por indebida aplicación de los artículos 1546 y 1602 *ibidem*, como consecuencia de errores de hecho en la errónea apreciación del contrato de promesa, del plano topográfico, de los recibos de pago del impuesto predial, de la diligencia de interrogatorio de parte del demandante y del certificado del Ministerio de

Hacienda sobre imposibilidad de otorgamiento de paz y salvo a los dos contratantes.

El recurrente parte de la base de que realmente el demandado no concurrió a la Notaría el 7 de mayo, pero insiste en varios apartes de su censura en que “no tenía ningún objeto comparecer a la notaría a recibir la escritura pública”, mientras no se hubiese hecho el levantamiento topográfico y no se hubiese pasado cuenta del impuesto predial a Escobar.

Concluye así su argumentación: “Entonces la errónea interpretación del contrato, de los recibos de impuesto predial y del plano que se relacionaron en los numerales a), b) y c), así como la falta de apreciación del interrogatorio del demandante en el aparte relativo a no haber pasado nunca cuenta del impuesto predial a Escobar, a más de la errónea apreciación del certificado de la Administración de Hacienda que hace alusión a febrero de 1978 y no a mayo, que era el mes en que debía llevarse a cabo la suscripción de la escritura llevaron al Tribunal, en Sala mayoritaria, a considerar erróneamente que por haber incumplido Escobar en cuanto al pago de impuesto predial, levantamiento topográfico y no comparecencia a la Notaría, debía resolverse, por mutuo disenso, el contrato.

“Por otro lado la errónea apreciación probatoria que se deja demostrada, llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 1546 y 1602, ya que no se presentan los presupuestos para que operen ni el uno ni el otro.

“No existiendo incumplimiento del demandado Escobar por las razones que se dejan demostradas, se aplicó indebidamente el artículo 1546 y no apareciendo de ninguna de las pruebas reseñadas ni de ningún elemento de convicción la voluntad de Escobar de poner fin al contrato no puede hablarse de mutuo disenso y no es aplicable, por ende el artículo 1602 del Código Civil” (folios 16, *in fine* y 17 del cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte sobre el primer cargo

Dos temas, ambos trascendentes, plantea el casacionista, a saber: a) Que el demandado no incumplió, y b) que en el supuesto de que hubiese incumplido no había lugar a declarar disuelto el contrato por mutuo disenso tácito, por cuanto no aparece en ningún elemento probatorio la voluntad tácita, ni mucho menos expresa, de poner fin al contrato. Como este último tema fue el que le sirvió al Tribunal para dictar el fallo, habrá

entonces lugar a examinar primero ese aspecto para ver de establecer con precisión si, como lo expresó el ad quem, el simple incumplimiento tiene la connotación de ánimo tácito de resolver un contrato.

El mutuo disenso tácito como consecuencia del incumplimiento de ambos contratantes

El Código Civil consagró como el modo por antonomasia de extinción de toda obligación el negocio jurídico o "convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consentan en darla por nula" (artículo 1625, inciso 1º). Ese negocio jurídico o convención ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia con la expresión "mutuo disenso". Lo novedoso del aspecto puede ser, entonces, la forma como se denomina, pero no la institución misma, que es tan antigua como el régimen de la creación de obligaciones a través de declaraciones de voluntad. Simplemente si el negocio jurídico plurivoluntario tiene la connotación jurídica de servir como fuente de obligaciones (el contrato), otro negocio jurídico de los mismos contratantes puede extinguir las obligaciones que surgieron de aquel. Las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

Ahora bien, el mutuo disenso puede ser expreso o tácito, siguiendo los mismos principios que sobre el particular rigen en punto a la formación del contrato, vale decir, respetando las formas o solemnidades consagradas por el legislador como requisito para la validez del negocio jurídico.

Ha venido aplicando la jurisprudencia colombiana la institución del mutuo disenso tácito como un remedio, por demás justo, a la situación de hecho que se presentaba cuando un contrato bilateral era incumplido simultáneamente por ambos contratantes, para evitar el estancamiento del contrato a que daba lugar la aplicación del artículo 1609 del Código Civil con la interpretación que desde el siglo pasado vino dando la Corte a esa norma, según la cual, el contratante que ha incumplido no tiene derecho para deprecar la resolución ni la ejecución.

Sea lo primero advertir cómo tal interpretación conduce necesariamente a un estancamiento en las relaciones contractuales, pues si ambos contratantes incumplieron, ninguno puede incoar la resolución ni el cumplimiento, es decir el contrato queda estancado, pese a su recíproco incumplimiento. En la medida en que se mantenía

la aludida interpretación del artículo 1609, la tesis del mutuo disenso tácito como modo de disolver el contrato fue indudablemente una forma justiciera de evitar el estancamiento de los contratos, evento que daba lugar a serias injusticias. Empero, la aplicación de esa doctrina pugna generalmente con la realidad. Si ambas partes estuvieran ciertamente de acuerdo en deshacer el contrato, lo resuelven por mutuo acuerdo, con fundamento en el inciso 1º del ya citado artículo 1625 del Código Civil, y obviamente sobra la intervención de la rama jurisdiccional del poder público. Es posible, nadie podría negarlo, que las partes hubieran llegado a un acuerdo en tal sentido, pero luego una de ellas quisiera desconocerlo. En tal evento sí habría que deprecar del juzgador que dé por probada esa circunstancia fáctica y como consecuencia la disolución del contrato. Pero como en todo proceso, la prosperidad de la pretensión recabada depende de la prueba. Lo que no es aceptable es que al simple incumplimiento, sin ningún acuerdo expreso o tácito, el juzgador le dé connotación de negocio jurídico específicamente encaminado a disolver el contrato incumplido. Una cosa es el incumplimiento y otra muy distinta el acuerdo de los contratantes para disolver un contrato. El incumplimiento, aisladamente considerado, no tiene connotación en relación con la posible voluntad de resolver el contrato. Para que tal connotación surja es menester que junto con el incumplimiento haya hechos que inequívocamente demuestren que además de la voluntad de incumplir hubo la de resolver. Eso, precisamente, es lo que se echa de menos en el caso de autos en que una de las partes incumplidas recabó la resolución y otra se opuso con vehemencia, sin que haya, como hecho adicional, ni siquiera el más leve indicio que demuestre la intención de disolver el contrato por mutuo disenso. Es más, una de las pruebas allegadas al proceso, la certificación de la Administración de Hacienda Nacional (folio 38 del cuaderno principal), da cuenta de que ninguno de los contratantes estaba en situación tributaria de obtener paz y salvo para el día en que ha debido cumplirse el contrato prometido. De suerte que la verdadera interpretación de la voluntad contractual es que ninguno de los contratantes pudo cumplir; pero de allí inferir que ambos quisieron resolver el contrato hay un abismo, que el Tribunal llenó suponiendo la prueba del hecho del acuerdo tácito en tal sentido. Lo anterior indica que cuando el Tribunal dedujo el mutuo disenso tácito "inequívocamente del incumplimiento recíproco de ambos contratantes", erró de hecho suponiendo la prueba

de un hecho que nadie invocó en las instancias y que se halla huérfano hasta del más leve incógnito.

¿En qué se fundó el Tribunal para decretar la resolución por mutuo disenso tácito? Dijo el ad quem: "De ahí también el lógico resultado de la disolución o desistencia por mutuo disenso tácito, en que exactamente debe traducirse la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes en el pacto. Contra el resultado inaceptable de entenderlas sometidas a la indefinida expectativa de que en algún tiempo pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por obra exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común; o de que la acción implacable del tiempo le dé vigencia definitiva a través de la prescripción" (folio 20). Cuando sin existir prueba distinta del incumplimiento el Tribunal tradujo ese hecho por ánimo de desistencia, vale decir, le dio al incumplimiento una connotación de que carece en absoluto, supuso la prueba de un hecho que brilla por su ausencia. No hay lógica en que el incumplimiento equivalga al ánimo de disolver un contrato por mutuo acuerdo tácito. Para que lo tácito, vale decir lo implícito, lo no expresado, tenga valor jurídico, debe reflejar sin lugar a dudas lo verdaderamente deseado: De que una parte incumpla no puede inferirse necesariamente que no quiera perseverar en el contrato, tanto más cuando ambas partes en el caso de autos han cumplido en gran parte sus obligaciones pecuniarias.

El error de hecho se encuentra probado. En principio habría que casar la sentencia acusada si se llegare a la conclusión de que el error tiene alguna trascendencia en la parte resolutive. Empero, ese error es intrascendente por cuanto dejada de aplicar la tesis del mutuo disenso tácito como consecuencia exclusiva del mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales, se llega a través de una adecuada interpretación del artículo 1609 del Código Civil a una situación que en sus consecuencias es exactamente equivalente a las del mutuo disenso, pero que tiene fundamentaciones diametralmente diferentes, como luego se verá.

Como ya quedó explicado, esa institución jurídica como modo de extinguir las obligaciones está consagrada en el artículo 1625, inciso 1º y, en consecuencia, dentro de la órbita de la causal primera sería aconsejable que se acusara su violación por indebida aplicación, cosa que no ocurrió en el caso de autos. No empece a lo anterior,

es preciso entrar a explicar la razón por la cual el error demostrado es intrascendente, toda vez que se llega a la misma conclusión con la adecuada interpretación del artículo 1609 del Código Civil, a lo cual se procederá a continuación, a título de rectificación doctrinaria.

El mutuo incumplimiento de los contratantes y la excepción del contrato no cumplido

En sentencia de 7 de diciembre de 1897, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XIII, número 649, páginas 198 a 200, la Corte por primera vez interpretó y aplicó el artículo 1609. Luego de transcribir la norma citada expresó: "De modo, pues, que la resolución de los contratos bilaterales, por falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido o se ha allanado a cumplir sus obligaciones". Interpretación que con el transcurso del tiempo vino afianzándose y se concretó en el apotegma: "El que no ha cumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni el cumplimiento". Tal interpretación de la Corte del artículo 1609 fue repetida en muchedumbre de sentencias.

consecuencias jurídicas de la interpretación tradicional. Sea lo primero establecer las consecuencias que se desprenden de la interpretación jurisprudencial:

a) Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es insito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través de las acciones.

b) Como se supone, según la interpretación cuestionada, que el acreedor que sí ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Código Civil, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de acciones, ni mucho menos de causa para convertir una obligación civil en natural.

Etiología de la jurisprudencia glosada. ¿De dónde sacó la Corte la interpretación aludida, según la cual en los contratos bilaterales, si ambos han incumplido, ninguno tiene derecho a pedir la resolución ni el cumplimiento? El origen de la doctrina es bien conocido. Fueron los canonistas, en la alta Edad Media, los que la crearon, con fundamento en que los contratantes cuando adquieren una obligación, comprometen el cumplimiento de su palabra bajo la gravedad del juramento. El que incumple, pues, es un perjurio y como a tal, el orden jurídico lo sanciona condenándolo a las pretensiones exigidas por el acreedor. El contratante incumplido, el perjurio, el que ha faltado a la fe en su palabra, el reo, no tiene derecho a pedir el amparo de la justicia. Esta solución, que emerge como consecuencia de la institución del contrato juramento, recibe desde esa época el nombre de teoría de los correlativos.

Los postglosadores, en la baja edad media, ocogen la teoría de los correlativos, pero trocando el aspecto ético del perjurio por uno de carácter jurídico: la teoría de la causa. Si en los contratos bilaterales la causa de la obligación de uno es la obligación del otro, fácil era llegar a la conclusión de que si ambos contratantes habían incumplido, sus correlativas obligaciones quedaban sin causa. Tal fue la razón jurídica, que le dieron a la teoría los juristas de esta escuela, que, además, bautizaron la institución con el nombre de *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido. Los anteriores principios fueron reforzados por los juristas franceses anteriores a la Revolución, Domat y Pothier, particularmente el primero con sus aportes a la teoría de la causa clásica.

La época moderna de los grandes códigos civiles se inicia con el de Napoleón de 1804. Este estatuto consagró por primera vez en la historia la condición resolutoria tácita para el evento del incumplimiento de uno solo de los contratantes en el contrato bilateral. Pero no dijo nada respecto al incumplimiento de ambos contratantes. Hecho fundamental que permite entender la razón de ser de la doctrina francesa. Ante la laguna de la ley sobre el particular, los juristas franceses siguieron dando la solución que en el Siglo XIX ya era milenaria, la de los correlativos, la *exceptio non adimpleti contractus*, según la cual el contratante incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni el cumplimiento.

El Código de don Andrés Bello fue el primero en el mundo que reguló el fenómeno del mutuo

incumplimiento en los contratos bilaterales. Es nuestro famoso artículo 1609. Bien o mal regulado (luego se verá su bondad y sabiduría), es lo cierto que la diferencia fundamental entre nuestro sistema jurídico y el francés es que éste carece de norma que regule el fenómeno del mutuo incumplimiento, al paso que en Colombia existe norma expresa.

Lo que le ocurrió a la Corte en el siglo pasado fue que encontrándose frente al fenómeno de la excepción de contrato no cumplido, trasplantó a Colombia, sin modificación ninguna, toda la doctrina francesa sobre el particular. Y desde luego en respaldo de su tesis puede invocar toda la extensa literatura jurídica de ese país. Pero si se lee la muy breve motivación del fallo de 1897 que quedó transcrita, fácilmente se llega a la conclusión de que la Corte le hizo decir al artículo 1609, lo que en parte alguna dice.

La verdadera interpretación del artículo 1609. La Corte entra ahora a interpretar el artículo citado, que dice: "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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

La norma es de una claridad extraordinaria, como producto de la pluma maestra de don Andrés Bello. Con su simple lectura se encuentra su verdadero sentido. Que si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir.

Si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? tres, a saber:

1. Permite cobrar perjuicios (artículos 1610 y 1615 del Código Civil).

2. Hace exigible la cláusula penal (artículos 1594 y 1595 del Código Civil), y

3. Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (artículo

los 1731 y 1733). *Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante. ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedare sobre el particular, la despeja el artículo 1594 del Código Civil, que dice: "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal ...". ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena.*

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Resolución por mutuo disenso tácito o resolución por incumplimiento mutuo de ambos contratantes, es, en la práctica una misma cosa, pues ni en una ni en otra institución hay lugar a condena en perjuicios ni a cláusula penal. En el fondo, pues, la Corte no está cambiando su última doctrina que permitía en los supuestos indicados resolver el contrato para evitar el estancamiento del mismo; simplemente a la misma solución se llega, pero con fundamento en normas y principios diferentes, evitando el yerro fáctico evidente que se advierte cuando contra la enérgica conducta de un litigante en un sentido, oponerse a la resolución, el fallador le dice que lo que él realmente quiere es lo contrario, como ocurrió en la sentencia acusada.

Las acciones alternativas del artículo 1546 con o sin indemnización de perjuicios. Es importante también hacer una interpretación del artículo citado, por cuanto a primera vista esa norma parece consagrar las acciones alternativas de resolución o ejecución exclusivamente para el contratante que ha cumplido. Ciertamente la norma en comento está regulando el fenómeno del incumplimiento de uno y del cumplimiento del otro. Pero lo que hay que observar es que el artículo 1546 consagra la resolución o la ejecución del contrato "con indemnización de perjuicios". Cuando se trata del incumplimiento de ambos contratantes, la norma que debe aplicarse es el artículo 1609, según el cual ninguno está en mora, lo cual implica que de ninguno se puede predicar que deba perjuicios, toda vez que el artículo 1615 establece que "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora ...". Como ninguno está en mora, ninguno debe perjuicios. Igual debe predicarse según el artículo 1594 de la cláusula penal.

Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal.

Debe además, puntualizarse que la acción de resolución por incumplimiento tiene su fundamento legal en el artículo 1546 (y en el 1930 para el caso específico de la compraventa), y que con la interpretación que se viene propiciando del artículo 1609, tal situación no se cambia. Lo que ocurre es que frente a ese artículo 1546, la interpretación tradicional de la excepción de contrato no cumplido enervaba la totalidad de la pretensión, es decir, impedía la resolución o la ejecución, al paso que ahora, con la presente interpretación, esa excepción enerva apenas la pretensión indemnizatoria consecuencial dejando incólume ora la resolución, ora el cumplimiento deprecados. En otras palabras, la interpretación tradicional de la Corte conducía a convertir la de contrato no cumplido en una excepción total, que impedía la prosperidad de cualquier pretensión; la nueva interpretación precisa que la exceptio non adimpleti contractus es apenas parcial, pues dejando viva la acción alternativa de resolución o cumplimiento, impide apenas que se exijan los

perjuicios y la cláusula penal, que son las consecuencias naturales y obvias de la mora; interpretación que, se hace hincapié, tiene como fundamento que el legislador expresó en el artículo 1609 glosado que ninguno de los dos contratantes está en mora, luego de ninguno se puede deducir aquello que surge de la mora.

El cumplimiento del demandado, según el casacionista. Debe ahora examinarse la tesis expresada en el cargo que se viene despachando, según la cual el demandado no incumplió, es decir, cumplió. No es aceptable el planteamiento del casacionista en el sentido de que la no comparecencia del demandado a la Notaría no es incumplimiento, toda vez que su obligación era cumplir lo acordado y por consiguiente podía y debía concurrir ante el notario acreditando estar en aptitud legal de cumplir, siendo el eventual cumplimiento del prometiende vendedor en el pago del impuesto predial y en la mensura del inmueble, razón de más para haber consolidado su posición en la escritura de comparecencia que ha debido suscribir. Porque es lo cierto que el incumplimiento de un contratante no faculta al otro para incumplir impunemente. Si primero incumplió uno, el otro debe deprecar las acciones a que esa situación le da derecho; al abstenerse de ocurrir a la justicia y en cambio asumir una posición semejante, o sea también incumplir, coloca nuevamente a las partes en igualdad de condiciones, es decir, ello equivale a incumplimiento simultáneo. Lo anterior, salvo que el cumplimiento del uno sea primero en el tiempo y además requisito previo indispensable para que el otro pueda cumplir, como cuando un escultor no realiza una estatua porque el otro contratante no le entregó el mármol a que estaba obligado; incumplió, sí, porque no hizo la obra a que estaba obligado, pero su incumplimiento en tales condiciones no tiene connotación jurídica. No se puede predicar lo propio en el caso de autos, pues los eventuales incumplimientos previos del demandante no le imposibilitaban en manera alguna su asistencia a la notaría para recibir la escritura de venta o para suscribir la de comparecencia, con tanto mayor razón cuando ya tenía recibida la finca prometida en venta y había pagado la totalidad del precio. Lo que ocurrió en realidad, según el certificado del folio 38 del cuaderno principal, fue que ni el demandante ni el demandado tuvieron su paz y salvo sobre la renta el día en que ha debido firmarse la escritura. En tales condiciones no es posible afirmar, como lo pretende el casacionista, que el Tribunal erró de hecho al no haber considerado al demandado

como cumplidor de su obligación frente al demandante ese sí incumplido. El cargo, desde este segundo aspecto, no puede prosperar.

Segundo y tercer cargos. Ante la improsperidad del primer cargo, hay lugar a estudiar los otros, que no combaten ya la resolución misma, sino la forma como fue decretada. A ello se procede.

Se acusa la sentencia con fundamento en la causal primera del artículo 368, en ambos por falta de aplicación de los artículos 1544, 1850, 1955, 1956, 1957, 1958, 1932 y 1746 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, en uno por la vía directa y en el segundo como consecuencia de error de hecho en la apreciación del contrato de promesa, consistente en no haber advertido que el precio no fue solamente dinero, sino parte en dinero y parte en ganado; siendo ello así, la parte resolutive de la sentencia no ha debido ordenar la devolución de una suma de dinero, sino parte en dinero y parte en semovientes.

El error de hecho imputado es evidente. Si el contrato hubiese sido de compraventa, la consecuencia de la resolución sería para el vendedor devolver el precio o su parte recibida; empero, como fue permuta, al decretarse la resolución, así como se ordenó la devolución de la cosa vendida, ha debido decretarse la devolución del dinero y de los semovientes dados en pago, o su valor, si ya no existen. El cargo, pues, debe prosperar.

Sentencia de instancia. Como consecuencia de la prosperidad de los cargos necesario es que la Corte proceda a dictar la sentencia que deba reemplazar la anulada. El sentido del nuevo fallo de instancia es obvio y natural. Se mantendrá la resolución del contrato sin indemnización de perjuicios, pero no por mutuo disenso sino por incumplimiento recíproco y simultáneo de los contratantes de su obligación de concurrir en el lugar y fecha convenidos a otorgar la escritura que perfeccionara el contrato prometido. Y como consecuencia de la resolución se mantendrá el orden de devolución del inmueble objeto del contrato, por una parte, y de los semovientes, o su valor actual, y el dinero, por la otra. No sin advertir que en cuanto al dinero, y debido al proceso de pública notoriedad de la permanente desvalorización de la moneda, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto a una parte, la que recibiría el mismo dinero, pero con un poder adquisitivo mucho menor de cuando entregó esa suma, y un enriquecimiento incausado a la otra, la que tendría que devolver una misma cantidad

pero con menor poder adquisitivo, mientras el valor de las cosas distintas del dinero permanecen estables en su valor relativo, la Corte ha de disponer un reajuste monetario, con fundamento en la doctrina de la investigación del derecho de que trata el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, que da pie para la aplicación de doctrinas, tales como las del enriquecimiento injusto. Ese reajuste monetario se hará ante el funcionario a quo mediante incidente.

Con fundamento en todo lo que queda 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 objeto del recurso y en su lugar, obrando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. REVÓCASE la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. DECLÁRASE mutuamente incumplido por ambas partes el contrato de promesa de compraventa de que se ha hecho mérito y como consecuencia se decreta su resolución sin indemnización de perjuicios.

Tercero. CONDÉNASE a Antonio Escobar Ochoa, demandado, a restituir a Luis Guillermo Aconcha Konn dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia el inmueble objeto de la promesa de compraventa que se declaró resuelta.

Cuarto. CONDÉNASE a Luis Guillermo Aconcha Konn a restituir a Antonio Escobar Ochoa la suma equivalente en poder adquisitivo a doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) de la fecha del contrato, más los semovientes entregados como parte del precio, 19 vacas y 8 novillas, u otros de similar calidad y cantidad, o su valor actual en dinero; para el reajuste monetario y la conversión de los semovientes en dinero, si a ello hubiere lugar, hágase la liquidación por el procedimiento incidental del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto. SIN COSTAS en el recurso de casación ni en el de apelación. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandada.

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

José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Mur-

cia Ballén, con salvamento de voto; *Alberto Ospina Botero*, salva voto; *Jorge Salcedo Segura*.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Alberto Ospina Botero y Humberto Murcia Ballén.

Nos vemos compelidos a salvar el voto respecto de la decisión acogida por la mayoría, por los siguientes motivos:

1º En procura de fijar el alcance del artículo 1609 del Código Civil, se dice por la Corte en el fallo que “en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios”. A pesar de sentar este postulado, en la parte resolutive, concretamente en el ordinal “cuarto”, se condena al demandante a pagarle al demandado perjuicios, equivalentes al reajuste monetario. Esto equivale a decir que no se aviene la parte resolutive con la motiva.

2º La doctrina foránea, cuando ha tenido que examinar los fenómenos de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, ha considerado que el reajuste o actualización del pago de una obligación dineraria configura la reparación del perjuicio que sufriría el acreedor si recibiese el pago con signo monetario envilecido.

Siguiendo el anterior criterio, la Corte en sentencia de 9 de julio de 1979, al abordar el tema de la depreciación monetaria, consideró que el monto por reajuste monetario correspondía a una justa reparación del perjuicio sufrido por el acreedor del crédito dinerario.

3º De acuerdo con lo antes expresado y partiendo del aserto de haber incumplido el demandante y el demandado con las obligaciones de su cargo, no se debió disponer la revalorización del crédito del demandado, por tratarse de reparación de perjuicios. Y, algo más, cierto premio a su incumplimiento.

4º Inspirado el legislador en el antiguo derecho romano, y en un vasto antecedente histórico, se estableció en el artículo 1609 del Código Civil que 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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Se ha sostenido por la doctrina que el precepto anterior es contentivo de la excepción denominada *non adimpleti contractus*, cuyo fundamento más aceptable puede estar en la "equidad" o en la "interpretación de la voluntad de las partes". El primero, quienes lo afirman y defienden, lo explican sobre el aserto de que no es lógico y equitativo que se obligue a cumplir el contrato a una parte cuando la otra no ha cumplido con las obligaciones de su cargo. El segundo lo hacen consistir en que la ley, interpretando la voluntad de las partes, presume que un contratante quiere cumplir con su obligación cuando el otro cumpla con la de su cargo. "El principio primario —sostiene Claro Solar— sobre el cual reposa la *exceptio non adimpleti contractus* es, sin duda la equidad. Pugnaría evidentemente con ella que uno de los contratantes pudiera exigir las ventajas que el contrato está llamado a otorgarle repudiando, sin embargo las cargas que como compensación para la otra parte le impone".

De la armonía de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, por sus antecedentes y claridad de

los mismos, se tiene que el contratante demandado no estaría en mora cuando el contratante demandante no ha cumplido con sus obligaciones. De suerte que sería improcedente la acción de resolución cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Otros son los correctivos jurídicos que existen para aniquilar una convención cuando las partes se alejan o se desentienden de cumplir con sus obligaciones recíprocas, como lo dijo ampliamente la Corporación en fallo de 5 de noviembre de 1979.

Los breves motivos expuestos nos llevan, igualmente, a no compartir la interpretación que se le ha dado al artículo 1609 del Código Civil, pues para determinar su exacto sentido y alcance, hay que relacionarlo con el artículo 1546 del Código Civil.

Alberto Ospina Botero, Humberto Murcia Ballén.

Fecha ut supra.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

Su protección legal. Medidas cautelares y levantamiento de las mismas. Presupuestos que deberán tenerse en cuenta para lograr la indemnización de perjuicios cuando la acción cautelar resulta infundada, de acuerdo con el artículo 570 del Código de Comercio. Oportunidad de la demanda indemnizatoria. Cómputo del plazo de 4 meses prefijado por la norma.

(Salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén).

La demanda de casación no debió admitirse, ni la sentencia, casarse tal como lo expresó el Magistrado en sendos salvamentos de voto a las providencias respectivas.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, 10 de diciembre de 1982.

Al haber prosperado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 10 de noviembre de 1980, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por la sociedad Electrónicas Corona Limitada, contra las sociedades Inversiones Chesa Limitada y Locería Colombiana S. A., procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo de primer grado dictado el 4 de junio de 1979 por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá.

Antecedentes

En el fallo proferido por la Corte se refirieron los siguientes:

“I. Mediante demanda de 13 de febrero de 1978, presentada ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá en esa misma fecha, pidió la sociedad demandante que con citación de las referidas sociedades demandadas se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

“a) Que ‘se acumule la presente demanda a la demanda de medidas’;

“b) Que ‘se levanten las medidas cautelares impuestas contra la sociedad Electrónicas Corona Limitada, domiciliada en Bogotá, dictadas por auto de octubre 13, 1977, notificado por estado de octubre 15, 1977, del Juzgado Dieciocho Civil del Circuito’;

“c) Que ‘se devuelva a la sociedad Electrónicas Corona Limitada la mercancía decomisada, mediante diligencia practicada por el F-2 con fecha noviembre 2, 1977’;

“d) Que se condene, *in genere*, ‘a las sociedades Inversiones Chesa Limitada, a su vez gestora de Inversiones Chesa & Cía. S. C. A. (antes Porcelana Sanitaria S. A.) y Locería Colombiana S. A., al pago de los perjuicios ocasionados’ a la sociedad demandante con las medidas cautelares solicitadas por aquéllas.

“II. Los hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda pueden resumirse así:

“a) El 9 de julio de 1976, la sociedad Elna Audio-Visión Limitada, solicitó, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, ‘el registro de la marca SS Corona en etiqueta, para distinguir artículos comprendidos entre las clases 9ª y 11 del Decreto 755 de 1972’, y luego, mediante memorial de 25 de noviembre de 1977 pidió ‘el traspaso de la solicitud de registro’ a favor de Electrónicas Corona Limitada;

“b) Ordenada la publicación en Gaceta de Propiedad Industrial, las sociedades demandadas, propietarias de los registros marcarios números 80.479 y 34.875, formularon oposición a la

pretensión de registro de la sociedad demandante y, además, solicitaron 'medidas cautelares, conforme lo establece el artículo 568 del Código de Comercio, contra las sociedades Electrónicas Corona Limitada y Elna Audio-Visión Limitada', sin tener fundamento legal y, más aún, sin tener interés jurídico, como ocurre respecto de la sociedad Locería Colombiana;

'c) Las medidas cautelares fueron decretadas por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto de 13 de octubre de 1977, notificado el 15 de octubre del mismo año, con respaldo en los registros marcarios números 80.479 y 34.875, 'que en nada interfieren con el aparato eléctrico que comercializa' la sociedad demandante;

'd) El 2 de noviembre de 1977, 'los agentes del F-2, Héctor Julio Díaz Herrera, carnet 3629 de Policía Judicial y Leonel Piveda, carnet 2783 de Policía Judicial, se hicieron presentes en los domicilios sociales de Electrónicas Corona Limitada y Elna Audio-Visión Limitada, con el objeto de llevar a cabo la diligencia de decomiso ordenada en el auto de medidas cautelares y comisionada mediante oficio número 1155 de octubre 20, 1977, del Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá';

'e) Finalmente la sociedad demandante elabora un capítulo que denomina 'consideraciones generales', en donde repite algunos hechos y sienta algunas reflexiones de índole jurídica.

'III. Enteradas las sociedades demandadas de las pretensiones de la demandante, consignaron su respuesta en el sentido de admitir unos hechos, de negar y pedir pruebas para los otros, por lo que culmina con oposición a las súplicas de la demanda''.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 4 de junio de 1979, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las súplicas de la demanda.

V. Insatisfecha la parte demandante con la resolución precedente, en la debida oportunidad interpuso el recurso de apelación, el que procede la Corté a resolver, como tribunal de instancia, ante el hecho de haber quebrado la sentencia de segundo grado y de haberse logrado incorporar al litigio los elementos de convicción que se ordenaron oficiosamente.

Consideraciones de la Corte

1. *De muy variadas formas protege la legislación nacional la denominada propiedad indus-*

trial, entre las cuales se encuentra la acción cautelar, que según la preceptiva comercial consiste en la facultad que se concede al titular de una patente o de una licencia (artículo 568 del Código de Comercio), de modelos o dibujos (artículo 581 del Código de Comercio), de marcas de productos (artículo 597 del Código de Comercio), de marcas colectivas (artículo 602 del Código de Comercio), de nombres comerciales y enseñas (artículo 611 del Código de Comercio), para solicitar del juez competente, que tome "las medidas cautelares necesarias" para precaver que se cercenen los derechos garantizados a su verdadero titular.

2. *De suerte que el titular de una patente, marca, modelos o dibujos, nombres comerciales o enseñas, cuando quiera que se le desconozca o se le infrinja su derecho, se encuentra legitimado para acudir al proceso cautelar. Las medidas a tomar, según lo disciplina la ley, "podrán consistir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; el comiso de los artículos fabricados con la violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se infringe la patente, o en cualquiera otra medida equivalente... Las autoridades de Policía colaborarán para el eficaz cumplimiento de las medidas decretadas" (artículo 568 del Código de Comercio).*

El Acuerdo de Cartagena, a través de la decisión 85 sobre propiedad industrial, incorporada al ordenamiento jurídico interno por el Decreto 1190 de 1978, expresa que el titular de una marca tendrá el derecho a usarla en forma exclusiva y "podrá solicitar las medidas de protección para la defensa de sus derechos, previstas en las respectivas legislaciones nacionales" (artículo 74).

3. *A fin de no propiciar que se cometan ligerezas con las medidas cautelares, quien las solicita corre con la carga de acompañar al respectivo libelo "los elementos que acrediten sumariamente la existencia de la usurpación, señalará en su petición la manera como pretende evitar la realización de tales hechos, y prestará la caución que se le señale para garantizar la indemnización de los perjuicios que se puedan causar al presunto usurpador o a terceros" (artículo 568, inciso 2º del Código de Comercio).*

4. *Con todo, puede acontecer que el presunto infractor o demandado con las medidas cautela-*

res no haya lesionado derecho alguno de quien se considera como su titular, por cuanto toda su conducta o actuación se ha ceñido a la normatividad. En este evento, le asiste derecho para solicitar dentro, de determinado término; la cesación de las medidas y la consiguiente indemnización de perjuicios.

Precisamente, como norma orientada a reparar la injusticia y desequilibrio creado por una infundada acción cautelar, establece el artículo 570 del Código de Comercio que "el presunto infractor deberá presentar demanda ante el juez para probar la legalidad de su proceder dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del auto que decretó las medidas cautelares. Si no lo hiciere caducará su derecho ... Si el actor justificare su conducta, el juez levantará las medidas y condenará al demandado al pago de los perjuicios que hubiere causado". Esto último es lo mismo que acontece cuando cesan las medidas preventivas de embargo y secuestro en las eventualidades señaladas por el inciso final del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, y lo mismo que sostiene la doctrina nacional y foránea cuando el demandante de tales medidas abusa del derecho de pedir las y con la realización de las mismas causa un daño, que generalmente se produce al colocar bienes por fuera del comercio o de su adecuada explotación.

5. Entonces, el agraviado con las medidas cautelares, para lograr el levantamiento de las mismas y la reparación de los perjuicios ocasionados, deberá ajustarse a las previsiones del artículo 570 del Código de Comercio, lo cual se traduce en lo siguiente: a) presentar demanda ante el juez dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del auto que decretó las medidas cautelares, so pena de caducarle su derecho; b) probar la legalidad de su proceder.

6. Respecto del primer presupuesto se tiene que la correspondiente demanda debe ser formulada oportunamente, o sea, dentro del plazo prefijo de cuatro meses contados, según reza el artículo 570 del Código de Comercio, a partir "de la fecha del auto que decretó las medidas", lapso que indica el límite de tiempo que se concede al sedicente infractor para el ejercicio de su derecho. Por las características que ofrece el mencionado plazo y por expresarlo así la ley, es de caducidad.

Ahora bien, ocupándose la legislación comercial sobre la manera como deben computarse los plazos, especialmente los de meses o años, sienta

la regla siguiente: "cuando el plazo sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día del correspondiente mes o año; si éste no tiene tal fecha, expirará en el último día del respectivo mes o año. El plazo que venza en día feriado se prorrogará hasta el día siguiente" (artículo 829, num. 3 del Código de Comercio).

El texto transcrito prevé la singular situación que se ofrece cuando la duración de los meses del calendario son desiguales, como ocurre con los de enero (31 días), febrero (28 o 29 días) y abril (30 días), pues si el mes en que ha de vencer el plazo no contiene ese día (por ejemplo 30 de febrero), en tal evento "expirará en el último día del respectivo mes o año" (o sea el 28 o 29 de febrero).

También contempla el precepto mencionado la circunstancia de que el día de vencimiento del plazo coincida con un día feriado, pues en este caso se extiende hasta el siguiente día. Esta regla tiene su antecedente en la parte final del artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, cuando establece que los plazos "de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil".

7. Con relación al segundo presupuesto para el buen suceso de la acción contenida en el artículo 570 del Código de Comercio, o sea, que el presunto infractor pruebe la legalidad de su proceder, simplemente consiste en justificar su conducta o, en otros términos, que no se trata de un usurpador de la propiedad industrial. Si el demandante, en tal evento, demuestra que actuó dentro del marco de la legalidad, se abre paso su pretensión y, por ende, "el juez levantará las medidas cautelares y condenará al demandado al pago de los perjuicios que hubiere causado" (artículo 570, inciso 2º del Código de Comercio).

Es apenas obvio que la legislación establezca que el solicitante de las medidas cautelares corra con la carga de indemnizar los perjuicios ocasionados con ellas, pues en múltiples ocasiones no estriban en sólido fundamento, sino en conducta imprudente y, en no pocas eventualidades, abusando del derecho. Desde el siglo pasado viene la Corporación sosteniendo que "el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas, racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás" (sentencia de 6 de septiembre de 1935, Gaceta Judicial número 1901, página

601; 19 de mayo de 1941, Tomo LI, 286 y siguientes; 7 de marzo de 1944, 76).

8. Al examinar si la sociedad demandante se ajusta a las previsiones del artículo 570 del Código de Comercio, o sea, si presentó la demanda ante el juez dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del auto que decretó las medidas cautelares y además probó la legalidad de su proceder, se tiene que uno y otro presupuesto aparecen cumplidos en el litigio, así:

a) Las medidas preventivas pedidas ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá por las sociedades Locería Colombiana S. A. e Inversiones Chesa Limitada contra las sociedades Electrónicas Corona Limitada y Elna Audio-visión Limitada, fueron decretadas el 13 de octubre de 1977 y la demanda tendiente a solicitar el levantamiento de tales medidas y el pago de los perjuicios fue presentada el 13 de febrero de 1978, según constancia secretarial.

Empero, como el 12 de febrero de 1978, según el calendario de dicho año, fue domingo, se tiene que cuéntense como se cuentan los cuatro meses, la demanda fue presentada dentro del lapso que establece el artículo 570 del Código de Comercio;

b) Respecto del segundo presupuesto, la parte demandante igualmente demostró la legalidad de su proceder, por cuanto con sujeción a las disposiciones pertinentes obtuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante resolución número 3863 de 23 de octubre de 1978, ordenara el registro de la marca SS Corona, pues sobre el particular obra prueba documental. Y, algo más, la oposición que al registro de la marca formularon inicialmente las sociedades aquí demandadas, recibió despacho desfavorable al ser declarada infundada, así como se rechazaron por extemporáneos los recursos propuestos contra la mencionada resolución.

9. Como el juzgador de primer grado no encontró demostrada la totalidad de los presupuestos enunciados, cuando sí lo está, habrá de revocarse la decisión, a efecto de despachar favorablemente las súplicas de la demanda que sean procedentes.

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, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar,

Resuelve:

1º DECRETÁSE el levantamiento de las medidas cautelares decretadas por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá en auto de 13 de octubre de 1977, contra la sociedad Electrónicas Corona Limitada.

2º EN consecuencia, DEVUÉLVANSELE a la sociedad Electrónicas Corona Limitada los bienes objeto de tales medidas.

3º CONDÉNASE a las sociedades demandadas al pago de los perjuicios que le causaron a la sociedad demandante, con motivo de las referidas medidas.

El monto de los perjuicios se determinará con sujeción al trámite previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

4º CONDÉNASE a las sociedades demandadas, por partes iguales, al pago de las costas de las instancias.

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, con salvamento de voto; *Jorge Salcedo Segura*.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado Murcia Ballén.

Ya en salvamento de voto que emití con causa en el auto de 24 de agosto de 1981, expuse mi criterio consistente en que la demanda sustentatoria del recurso de casación, por las razones allá consignadas *in extenso* no debió admitirse. Este criterio lo reiteré al proferirse la sentencia de casación, pues estimé entonces que dicho recurso extraordinario no debió ser considerado en el fondo.

Como obvia y natural consecuencia de mi criterio relativamente a la demanda de casación presentada en este negocio, expresado y reiterado en dos salvades de voto precedentes, hoy también disiento de la anterior sentencia de instancia, proferida por la Sala como consecuencia de haber admitido el recurso de casación y de haberlo encontrado próspero. Por lo consiguiente salvo el voto.

Humberto Murcia Ballén.

INDICE

	Pág.	Pág.
<p>TECNICA DE CASACION. <i>En el recurso de casación no pueden resolverse cuestiones distintas de las que constituyeron el thema decidendum sometido a la jurisdicción en las instancias respectivas; son improcedentes los cargos formulados con apoyo en medios nuevos.</i></p> <p><i>En principio no pueden darse simultáneamente y en relación con la misma norma, los conceptos de falta de aplicación y de aplicación indebida; pero cuando la norma sustancial contempla varias situaciones puede ser denuncia por inaplicación parcial de ella y a la vez por aplicación indebida de otra de sus partes.</i> Sentencia de enero 19 de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este proceso ordinario instaurado por el Municipio de Bolívar (Valle) en frente del Banco Cafetero, sucursal de esa ciudad. Magistrado ponente: doctor <i>Humberto Murcia Ballén</i></p>	7	<p><i>que esté mal fundada; es necesario que se den las causas precisas señaladas en la ley.</i></p> <p><i>La revisión es medio para atacar la sentencia ejecutoriada primeramente por vicios externos al proceso en que fue dictada; en forma excepcional, por los defectos inmanentes a aquél. Qué se entiende por "maniobra fraudulenta" de la parte.</i></p> <p><i>Las aseveraciones contenidas en la demanda ejecutiva acompañadas de las respectivas pruebas, las cuales fueron conocidas desde un principio por el juez y por la parte demandada, no constituyen ardidés para inducir a engaño a los demás sujetos del proceso.</i></p> <p><i>De ser así el ataque a la sentencia de excepciones a través del recurso de revisión no se haría por vicios externos trascendentes a ella, sino por irregularidades internas al proceso mismo en que se dictó el fallo y conocidas antes de que éste se profiriera.</i> Sentencia de enero 26 de 1982. Declárase infundado el recurso propuesto por la entidad "Centro Simón Bolívar S. A." contra la sentencia de 18 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ejecutivo que contra la aquí recurrente siguió el Fondo Nacional de Ahorro. Magistrado ponente: doctor <i>Humberto Murcia Ballén</i></p>
<p>CONTRATO DE TRANSPORTE. <i>Obligaciones del transportador. Responsabilidad por la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega. Exoneración por fuerza mayor o caso fortuito.</i></p> <p><i>Cuando el transportador alega el hecho de un tercero como factor exonerativo de responsabilidad deberá probar que el hecho fue imprevisible e irresistible. El robo, por sí solo, no constituye fuerza mayor. El pago del flete puede hacerse cuando se entregue la mercancía al destinatario sin que por ello se configure incumplimiento de las obligaciones de quien contrata el transporte.</i> Sentencia de enero 26 de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario promovido por la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., frente a la sociedad Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada. Magistrado ponente: doctor <i>José María Esguerra Samper</i></p>	12	<p>ERROR DE HECHO. <i>Para la prosperidad del recurso extraordinario menester es que el error sea evidente.</i> Sentencia del 29 de marzo de 1982. No casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Almacén contra Mejía y Compañía S. en C. y otro. Magistrado ponente: doctor</p>
<p>RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. <i>Para la procedencia del recurso no basta que la sentencia se haya proferido irregularmente o</i></p>		<p>NULIDAD ABSOLUTA. <i>El poder del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta no es ilimitado. Circunstancias que deben concurrir. La Corte ratifica su jurisprudencia sobre la exteriorización del vicio en el contrato, sin que pueda acudirse a otra prueba, para que proceda la declaración oficiosa.</i></p>

- El artículo 2º de la Ley 50 de 1936 es regla excepcional de interpretación restricta. Sentencia de febrero 27 de 1982. No casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario adelantado por Romelia y Rosario Martínez Mejía contra Carlos Arturo Peláez Castaño y otro. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero* 50
- REVISION DE LA CUOTA ALIMENTARIA IMPUESTA POR PROCESO DE SEPARACION DE CUERPOS.** *La Corte no es competente para conocer de la apelación del auto que la deniega. Su jurisdicción se agota al decidir la segunda instancia del proceso. Auto del 30 de marzo de 1982. Se abstiene de resolver de fondo el recurso de apelación contra el auto del 15 de septiembre de 1981, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el incidente promovido por Mercedes Sorzano de Arango frente a Sergio Arango Rodríguez. Magistrada Auxiliar: doctora Helena Gutiérrez R.* 59
- LESION ENORME.** *Es una institución excepcional no contemplada para toda suerte de negocios jurídicos, verbigracia, la dación en pago.*
- Errores de técnica en la presentación del recurso. La violación de la ley sustancial por interpretación errónea nada tiene que ver con el aspecto probatorio.*
- De otra parte, si se acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de una prueba debe mencionarse en qué consistió la violación. Sentencia del 31 de marzo de 1982. No casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta, en este proceso ordinario de Lucila Zapata de Gómez contra Los Tigrillos Limitada. Abogado asistente: doctor Ernesto Gamboa Alvarez.* 61
- RECURSO DE CASACION CONTRA AUTOS INTERLOCUTORIOS.** *Procedencia del recurso extraordinario cuando el auto tiene fuerza de sentencia y pone fin a la actuación. Sentencia del 31 de marzo de 1982. Casa el auto dictado por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario de American Pipe & Construction International contra Construcciones Saab Limitada y otros.*
- Omisión del término de pruebas. No puede quedar al arbitrio del juzgado definir si el tema debatido es de puro derecho y no necesita pruebas, máxime cuando las partes las solicitaron y no les fueron decretadas. La omisión del decreto de pruebas oportunamente pedidas acarrea la nulidad de lo actuado. Sentencia del 31 de marzo de 1982. Casa el auto dictado por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario de American Pipe & Construction International contra Construcciones Saab Limitada y otros.* 66
- DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES.** *Las acciones que se derivan de cada uno de ellos difieren sustancialmente. La transmisión del dominio no comprende la de derechos y obligaciones personales del vendedor y, por consiguiente, la acción para establecer la responsabilidad extracontractual de quien por su culpa o dolo causa perjuicio, sólo puede ser intentada por el perjudicado con el daño; en ningún caso por quien después adquiere el dominio de la cosa dañada. Sentencia del 31 de marzo de 1982. Casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario promovido por la Sociedad Conurbe Limitada frente a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica "Corelea". Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe* 73
- EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO.** *Deberes recíprocos que han de presidir la vida matrimonial: cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda. El deber de "vivir juntos" no puede circunscribirse a un remedo o apariencia de vida en común.*
- Para que se estructure la causal segunda de separación de cuerpos no es necesario que el cónyuge culpable quebrante la totalidad de sus deberes; basta que omita cualquiera de ellos. Sentencia del 26 de abril de 1982. Confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso abreviado de separación de cuerpos adelantado por Marina Gutiérrez de Arango contra Camilo Arango Arango. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero* 79
- INTERES ASEGURABLE.** *No sólo el cumplimiento de obligaciones tiene interés asegurable; los hechos de la naturaleza, la seriedad de una oferta, el cumplimiento de la palabra empeñada sin formalidades o rito alguno, por una persona, también lo tienen. El asegurador es quien determina si el riesgo que se le propone asegurar*

	Pág.		Pág.
<i>tiene o no interés asegurable y por el hecho de cobrar una prima considera que éste existe. Sentencia del 4 de mayo de 1982. Casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Baneo Cafetero, Sucursal CAN contra Félix Salazar Balén y La Libertad, Compañía de Seguros Generales S. A. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura</i>	84	<i>rez. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén</i>	103
REPARTO. <i>Su omisión no constituye causal de nulidad. El reparto no atribuye jurisdicción; sólo tiene por finalidad la equitativa distribución del trabajo. Tampoco define la competencia, la cual depende de otros factores.</i>		APRECIACION RACIONAL DE LA PRUEBA. <i>Es deber del juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final. Sentencia del 14 de junio de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por Gilberto Chica Arias en frente de la sociedad "Rafael Piedrahita & Compañía Sucesores Limitada" y otros. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén</i>	110
<i>Magistrados auxiliares. Carecen de toda facultad de decisión; ésta pertenece a la Sala y, por consiguiente, sus proyectos no tienen el carácter de fallo.</i>		ACCION REIVINDICATORIA. <i>La afirmación que una de las partes hace de tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada por ella como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule, constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión. Sentencia del 16 de junio de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario promovido por Miguel Angel Cobos y otros contra la sociedad "Compañía Agropecuaria de la Victoria S. A.". Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén</i>	118
<i>Responsabilidad civil. Culpa exclusiva de la víctima. Para que exima de responsabilidad es preciso que haya sido la causa exclusiva del daño. Concurrencia de culpas. La de la víctima no exime de responsabilidad al demandado, sino que se compensa con la de éste, en el grado en que estime prudente el juez. Responsabilidad solidaria de quien participa en el acto ilícito cuando hay concurrencia de culpas. La víctima no está obligada a accionar contra todos los responsables, pero aquel que elija para que la indemnice tiene acción de repetición parcial contra los corresponsables por la cuota que le corresponde. Sentencia del 17 de mayo de 1982. Casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Tulia Arango de Martínez en su propio nombre y como representante de sus menores hijos en frente de Transportes Químicos Limitada y Luis A. Medina. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén</i>	91	DOMICILIO. <i>Se precisa, rectifica en parte y complementa la doctrina consignada en sentencia de agosto 31 de 1936. Se define el concepto de domicilio, clasifica y señala sus fuentes. En Colombia no existe el domicilio de origen. La persona que presta servicios domésticos y es mayor de edad, tiene como domicilio el municipio donde trabaja, pero no como domicilio legal o de dependencia, sino real o voluntario. El domicilio contractual sí produce efectos procesales. El hecho de señalar un municipio determinado como domicilio de la persona jurídica y luego montar administración o dirección en otro diferente, puede ser factor que llame a engaño a los terceros y con tal criterio ha de calificar el juez esta circunstancia. Auto del 26 de julio de 1982. Procede la Corte a resolver el conflicto de competencia suscitado entre jueces del Circuito del Distrito Judicial de Ibagué y del de Bogotá, sobre cuál de ellos es competente para conocer del proceso ordinario que la sociedad Cárdenas & Compañía Limitada promovió contra la compañía Crediauto Limitada. Magistrado</i>	
<i>(Con salvamento de voto del Magistrado doctor Germán Giraldo Zuluaga)</i>	101		
TECNICA DE CASACION. <i>La Corte no puede ordenar el cumplimiento de un contrato que por decisión no impugnada se halla resuelto. Es deber inexcusable para el recurrente en orden a integrar la censura, combatir primeramente el decreto de resolución del contrato y luego la negativa que con dicho fallo se dio a su propia pretensión. Sentencia del 9 de junio de 1982. No casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por William Ossa Ossa, contra Luis Eduardo Betaneur Suá-</i>			

- ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura* 129
- Complemento proferido por el doctor *Jorge Salcedo Segura*, en relación con el auto antes mencionado 130
- LESION ENORME.** *Aunque inspirados en similares motivos de equidad, los artículos 1407 y 1948 del Código Civil están destinados a regular situaciones diferentes. El primero se aplica a la acción rescisoria de una partición y el segundo al caso en que ya se ha proferido la sentencia en que se decreta la rescisión por lesión enorme de una compraventa. El derecho a atajar la rescisión de que trata el artículo 1407, sólo puede ejercerse mientras no se haya dictado la sentencia en el proceso en que dicha acción se ejerce.* Sentencia del 26 de julio de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario promovido por *María Concepción Peláez de Gallego*, *Carmen Tulia Peláez de Zuluaga*, *Olivia Arias de Peláez* (cesionaria de *María del Socorro Peláez de Díaz*), *Marco Hipólito*, *Antonio María*, *Carlos Emilio* y *Luis Ernesto Peláez* contra *José Peláez M.*, *Eliseo Peláez*, *Iván Zuluaga*, *Miguel Ramírez*, *Antonio Ciro* y *Manuel Castaño*. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 137
- RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.** *Causal primera. La prueba eficaz en revisión no puede configurarse con posterioridad al fallo; debe existir desde el momento en que se entabla la demanda del proceso, cuya sentencia se revisa.* Sentencia del 30 de julio de 1982. Declara infundado el recurso formulado por *Corpacero*, *Marco* y *Eliécer Sredni* y *Compañía*, contra la sentencia dictada el 29 de noviembre de 1978, por esta misma Sala, en el proceso ordinario de *Urbanización Montevideo Limitada* contra *Corpacero*, *Marco* y *Eliécer Sredni* y *Compañía*. Magistrado ponente: 148
- NULIDAD DEL MATRIMONIO.** *El matrimonio civil no es nulo cuando se celebra ante el juez municipal del domicilio de la mujer. El término "Distrito Municipal" es equivalente al de "municipio" y al de "distrito", todos los cuales usa, indistintamente, el constituyente de 1886. De manera que cuando el artículo 157 de la citada Carta habla de los jueces municipales se refiere a los que reemplazaron a los llamados "jueces de distrito" del Estado de Cundinamarca porque a aquellos corresponde paralela y lógicamente la posición del juez de distrito en la anterior organización judicial.* Sentencia del 3 de agosto de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso instaurado por *César Augusto Flórez González* contra *Gladys Alicia Rodríguez*. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 158
- CARGAS PROCESALES.** *Admitido el recurso de casación, el recurrente que adeude costas liquidadas y aprobadas deberá pagarlas en el término del traslado, so pena de que la demanda sea inadmítida y, por consiguiente, el recurso declarado desierto.* Auto del 9 de agosto de 1982, en el cual se resuelve inadmitir la demanda de casación y en consecuencia declarar desierto el recurso extraordinario formulado contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario adelantado por *Carlos Fernando Mora* contra los herederos de *Carlos Julio Sabogal Hurtado*. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 168
- NULIDAD DE PROMESA DE COMPRAVENTA.** *La aplicación de leyes imperativas como las que regulan la nulidad absoluta de un negocio jurídico, solicitada únicamente en el recurso de casación, no constituye punto nuevo que permita a la Corte abstenerse de estudiar el asunto al desatar el recurso. Si la nulidad es manifiesta, la Corte puede declararla de oficio.*
- Requisitos para que la censura por inaplicación de normas imperativas que generan nulidad, prospere.*
- La falta de señalamiento de notaría como causal de nulidad. Si las partes tienen el mismo domicilio y no acordaron la notaría donde debían suscribir la escritura, el otorgamiento debe hacerse en dicho lugar siempre que allí exista notaría. No habiendo notario en tal municipio el lugar del pago queda indeterminado y la promesa viciada de nulidad.*
- Nulidad, restitución y reivindicación. La propia ley establece cuándo hay lugar a la restitución y cuándo a la reivindicación como consecuencia de la nulidad judicialmente declarada.* Sentencia del 8 de septiembre de 1982. Casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario de *María Emma Burgos* viuda de *Burgos* (hoy de *Bermeo*), en su propio nombre, y además en representación de sus menores hijos *María del Carmen*, *María Delia* y *Bernabé Burgos Burgos* y *Victor* y *Alberto Burgos Burgos*, contra *Ismael Cubillos Cortés*. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura* 170

	Pág.		Pág.
(Salvamento de voto de los Magistrados, doctores Humberto Murcia Ballén y José María Esquerro Samper)	176	tario, puede dejar de firmar en ese instante el acto testamentario para hacerlo días después.	
RESPONSABILIDAD DEL BANCO. <i>Es evidente, frente al beneficiario del cheque, cuando no exige la demostración de que obra como apoderado el tercero que lo hace efectivo estampando su firma a continuación de la leyenda que expresa el nombre del beneficiario precedida de la letra P, pues esta letra no tiene otra significación que quien firma lo está haciendo como apoderado, no como endosatario.</i>		<i>La teoría del error común inexcusable en materia testamentaria se limita a las inhabilidades de los testigos enlistados en el artículo 1068 del Código Civil. Sentencia del 28 de septiembre de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en este proceso ordinario promovido por Dolores Norris viuda de Gallego frente a Carmen Emilia Giraldo y otro. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga. (Con salvamento de voto de los Magistrados, doctores Humberto Murcia Ballén y José María Esquerro Samper)</i>	194
<i>Quien firma un cheque después de la leyenda que contiene un nombre precedido por la letra P, lo hace como apoderado de éste. Sentencia del 9 de septiembre de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Gerardo Leyva Guáqueta contra el Banco Panamericano. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero</i>	180	HERMENEUTICA JURIDICA. <i>Error inexcusable. No es por sí solo suficiente para deducirle responsabilidad civil al juez que incurra en él; es necesario, además, que entre el error judicial y el perjuicio sufrido por la parte exista relación de causa a efecto. Sentencia del 29 de septiembre de 1982. Deniéganse las peticiones deducidas en la demanda inicial de este proceso y, como consecuencia se absuelve a los demandados José Antonio Almanza Marín y José Gregorio Grisales Velandia de todos los cargos que en dicho libelo les formuló Jorge García Reyes. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén</i>	200
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. <i>Finalidades. La colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso cuya revisión se pretende, como causal del recurso.</i>			
<i>El empleo de la expresión "maniobra fraudulenta de las partes", debe entenderse en el sentido de que la conducta censurable puede proceder de una o de ambas partes, pero no necesariamente del acuerdo de ellas.</i>			
<i>Presupuestos procesales. Su examen por el superior es obligatorio, aunque el tema no haya sido objeto del recurso de apelación. Demanda en forma de los procesos de pertenencia. Sentencia del 15 de septiembre de 1982, que invalida la sentencia revisada, que lo es la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso de pertenencia de Teresa Niño viuda de Niño contra Ezequiel Albarracín. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura</i>	187	ACCION DE SIMULACION. <i>Titularidad y procedencia. Interés jurídico del heredero para impugnar el acto simulado de su causante. Posición jurídica del cónyuge para promover la acción de simulación, según que la sociedad conyugal se halle o no disuelta. Evolución jurisprudencial. Sin que medie la disolución de la sociedad conyugal o, cuando menos, demanda que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede pretensión de simulación de uno de los cónyuges, de contratos celebrados por el otro, por carencia de interés jurídico en el primero: sin interés jurídico no hay acción. Sentencia del 4 de octubre de 1982. No casa la pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario adelantado por María Aída Kronfly de Briceño, contra Saúl Briceño Guatava, Efraín Antonio Narváez y Hernando Grillo Franco. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero</i>	202
NULIDAD DEL TESTAMENTO. <i>La libertad individual que señorea en el campo de las sucesiones mortis causa no es absoluta. El legislador impone restricciones no sólo en cuanto a la distribución de los bienes, sino a la manera como ha de expresarse la voluntad del testador. La omisión de cualquiera de las formalidades del testamento solemne acarrea su nulidad, a pesar de que no exista duda acerca de la identidad del testador ni sobre el contenido de su última declaración de voluntad. Así ninguna de las personas que deben presenciar el otorgamiento del testamento nuncupativo, testador, testigos, no</i>		<i>Prescripción Adquisitiva y Extintiva. No cabe confundirlas por cuanto la primera debe ser invocada mediante demanda de reconvención.</i>	211

Pág.

Pág.

Alcance del rechazo de la excepción de prescripción extintiva alegada en proceso divisorio: No tiene carácter de cosa juzgada en la pertenencia en donde se invoca la prescripción adquisitiva.

El auto que rechaza las excepciones propuestas por el demandado en proceso divisorio no pone fin a la actuación ni hace tránsito a cosa juzgada ni contra él procede recurso de casación. Sentencia del 4 de octubre de 1982. Casa la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de Pablo Cardozo Ríos contra los herederos de Casimiro Cardozo y otros. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe 219 (Con salvamento de voto del Magistrado, doctor Humberto Murcia Ballén) 228

No siempre que se prometa celebrar contrato de los que deben perfeccionarse por escritura pública será necesario indicar expresamente la notaría donde ha de otorgarse la escritura. Empero para que las normas acerca del lugar donde deben cumplirse las obligaciones entren a suplir la omisión de las partes menester es que ambas tengan el mismo domicilio y que en el lugar sólo exista una notaría. Sentencia del 6 de octubre de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario de la sociedad Industria Construcción Prefabricados Limitada "Incompre" frente a Bertha de Rey. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga . . . 245 (Con aclaración de voto del Magistrado, doctor José María Esguerra Samper) 252

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA. Cuando el cuentacorrentista llena incorrectamente los formularios de consignación y el banco los acepta así, uno y otro cometen culpa notoria concurrente en la producción del daño. La sola culpa del primero no tiene virtud suficiente para generar el perjuicio, ni el banco puede prevalecerse de la cláusula de exoneración de su responsabilidad, de extensión ilimitada.

La correcta interpretación del artículo 865 del Código de Comercio no permite entender que el incumplimiento del titular de la cuenta faculta al Banco para cumplir sus propias obligaciones de manera deficiente o descuidada. El contrato de cuenta corriente no puede catalogarse entre los que se celebran intuitu personae, aunque el Banco estudie previamente la solvencia moral de sus futuros clientes.

Indemnización de perjuicios. El acreedor que sólo cobra intereses como indemnizaciones de perjuicios por la mora no está obligado a justificarlos. Pero si pretende el resarcimiento de otro daño debe probar que lo ha padecido, aun en el caso de que éste se derive de la desvalorización monetaria. Sentencia del 5 de octubre de 1982. Revócase la proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso adelantado por Enrique Sudarsky frente al Banco Popular. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga 233

PROMESA DE COMPRAVENTA. Tratándose de un bien raíz la obligación de hacer emanada de la promesa, respecto de la obligación de otorgar la correspondiente escritura de compraventa, genera para comprador y vendedor las calidades recíprocas de acreedor y deudor de esa específica obligación.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. El demandante que persigue el resarcimiento del daño recaído sobre cosa en la que afirma tener o haber tenido algún derecho debe identificar la cosa objeto del daño y probar éste; además, determinar el derecho que tenía sobre el bien y demostrar su existencia. Aunque la ley permite lo mismo al dueño que al poseedor y hasta al mero tenedor de una cosa que sufra daño, demandar la correspondiente indemnización, el demandante no puede limitarse a manifestar que recibió perjuicio, sino que debe precisar, desde un principio, el derecho que alega, el cual no puede alterarse en casación. Sentencia del 26 de octubre de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rihacha en este proceso ordinario instaurado por Manuel Nicolás Ariza Daza frente a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén 253

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. Cuando en la producción del daño han actuado varias personas, todas ellas, por regla general, son solidariamente responsables. En tal virtud, la víctima puede demandar a cualquiera de ellas por el total de los perjuicios. Sentencia del 2 de noviembre de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por Guillermo Moya Sánchez contra el Banco de Occidente y Alberto Gutiérrez Salgado. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero 263

ERROR DE HECHO. Se refiere a la contemplación objetiva y no jurídica de la prueba. Si el cargo consiste en que el demandado no confesó ser poseedor, pero el Tribunal así lo estimó,

Pág.

Pág.

el error es de hecho por referirse a la existencia del medio probatorio y no a su valoración.

Acción reivindicatoria. *Elementos de la posesión. Prueba: el derecho probatorio no exige prueba específica de la posesión.* Sentencia del 3 de noviembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario instaurado por Luz Marina Loaiza Cardona frente a José Ramón Loaiza Loaiza. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*

270

CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO.

Cumplimiento imperfecto del transportador. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Contrato de reserva o "Booking". Inaplicabilidad de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Sentencia del 18 de noviembre de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Inversiones Pirineos Limitada y Exportadora del Pacífico S. A., contra la Flota Mercante Grancolombiana. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*

278

FILIACION NATURAL. *Prueba de las relaciones sexuales. Mientras no se aduzca plena prueba de que el demandante tiene por madre a la misma mujer con quien el demandado tuvo relaciones sexuales durante la época de la concepción de aquél, no puede hacerse la declaración de paternidad.*

Prueba de la maternidad. Aunque la prueba más sencilla de la maternidad y de la fecha del parto es la copia del Registro Civil de nacimiento o el certificado notarial que se expida con base en él, no es la única. Una cosa es el estado civil y otra los hechos o actos que lo constituyen. El primero sólo puede demostrarse con la copia de la respectiva partida o folio del registro; los segundos, con cualquier otra clase de pruebas, entre ellas la confesión del demandado.

Presupuestos procesales. Aun cuando no hayan sido objeto de recurso de apelación los presupuestos procesales son siempre materia de análisis previo por el superior.

Faltando el presupuesto capacidad para comparecer por indebida representación de una de las partes el Tribunal debió declarar la nulidad de la actuación y no proferir sentencia inhibitoria; o bien corregir la falla con el decreto oficioso de la prueba respectiva, en este caso la copia del registro civil de nacimiento de la menor, cuya representación tenía su madre natural. Sentencia

del 29 de noviembre de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso ordinario de Juan Bosco Cediel contra Sara Isabel García, en su calidad de madre natural de la menor Lisbeth García. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*

325

FILIACION NATURAL. *No obstante el principio de independencia de la paternidad y de la maternidad naturales y, consecuentemente, del de las acciones para reclamar una y otra, la declaración de paternidad natural con apoyo en la existencia de relaciones sexuales precisa indicar entre quienes se tuvieron dichas relaciones, es decir, establecer previamente la filiación con respecto a la madre.* Sentencia del 1º de diciembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario instaurado por Marlene Díaz Bustamante contra los herederos de Aparicio Díaz Cabal. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* (Aclaración de voto del Magistrado, doctor *José María Esguerra Samper*)

330

339

MUTUO DISENSO TACITO. *El incumplimiento, aisladamente considerado, no es por sí solo indicativo de la voluntad de las partes de resolver el contrato; junto con aquél debe haber hechos que demuestren inequívocamente que, además de la voluntad de incumplimiento, hubo la de resolver.*

La adecuada interpretación del artículo 1609 del Código Civil permite llegar a una situación, cuyas consecuencias son equivalentes a las del mutuo disenso, pero cuyos fundamentos son diferentes.

Interpretación tradicional de la norma y sus consecuencias.

Etiología de la jurisprudencia glosada.

Excepción de contrato no cumplido.

Diferencia entre nuestro sistema jurídico y el francés frente al fenómeno del mutuo incumplimiento. Verdadera interpretación del artículo 1609 del Código Civil; en los contratos bilaterales cuando ambos han incumplido ninguno está en mora pudiendo cualquiera de ellos, a su arbitrio, demandar la obligación principal sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios; o la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Inaplicabilidad en estos casos del artículo 1546, el cual regula el fenómeno del incumplimiento del otro. Consecuencias de la resolución de la permuta. Tratándose de la devolu-

	Pág.		Pág.
<i>ción de dinero es preciso tener en cuenta la permanente desvalorización de la moneda para disponer el reajuste monetario a fin de no dar lugar al enriquecimiento injusto de quien debe devolver una misma cantidad, pero con menor valor adquisitivo y al empobrecimiento correlativo del obligado a recibir. Sentencia del 7 de diciembre de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura ...</i>	341	<i>mas. Presupuestos que deberán tenerse en cuenta para lograr la indemnización de perjuicios cuando la acción cautelar resulta infundada, de acuerdo con el artículo 570 del Código de Comercio. Oportunidad de la demanda indemnizatoria. Cómputo del plazo de 4 meses prefijado por la norma. Sentencia del 10 de diciembre de 1982. Revoca la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por la sociedad Electrónicas Corona Limitada, contra las sociedades Inversiones Chesa Limitada y Locería Colombiana S. A. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero ...</i>	351
<i>(Salvamento de voto de los Magistrados: Alberto Ospina B. y Humberto Murcia B.). ...</i>	349	<i>(Salvamento de voto del Magistrado, doctor Humberto Murcia Ballén) ...</i>	354
PROPIEDAD INDUSTRIAL. Su protección legal. Medidas cautelares y levantamiento de las mis-			

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de Enero a Diciembre de 1982, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Caducidad de la causal alegada.* Sentencia de 19 de enero de 1982. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono de los deberes de esposo y de padre, del demandado.* Sentencia de 19 de enero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Martha Judith Cárdenas de Hernández frente a César José Hernández Y. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No puede condenarse al demandado a contribuir con determinado porcentaje al sostenimiento de su esposa e hijos cuando se desconoce totalmente su capacidad económica.* Sentencia de 19 de enero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso promovido por María Victoria Solano contra Fernando Soto Cardona. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El indicio resultante de la no contestación de la demanda no puede ser soporte único de la sentencia de separación; para poder ser apreciado deberá relacionarse con otras pruebas que brillan por su ausencia.* Sentencia de 19 de enero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso promovido por Alvaro Emiliano Pachón O. frente a Fanny Doria García de Pachón. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El término de caducidad de la causal primera, se cuenta desde cuando cesa el abandono.* Sentencia de 19 de enero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, dentro del proceso promovido por Luz Fanny Rosero frente a Daniel Romero Hernández. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La separación de cuerpos, en principio, nunca tiene consecuencias definitivas en el tiempo.* Sentencia de 19 de enero de 1982. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

TECNICA DE CASACION. *Falta la proposición jurídica completa.* Sentencia de 20 de enero de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso adelantado por Harry Crotoru frente a Heriberto Millán Villafañe. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

DESEMBARGO DE BIENES MUEBLES TRABADOS EN PROCESO DE SEPARACION DE CUERPOS. *El auto que rechaza de plano la solicitud de desembargo que ya había sido presentada y denegada con anterioridad, no es apelable.* Providencia de 21 de enero de 1982.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA. *Se incurre en él cuando se incorporan al proceso copias de expedientes judiciales no autorizadas por el juez. La copia obtenida por reproducción mecánica debe estar revestida de autenticidad ante notario o juez.* Sentencia de 18 de enero de 1982. Casa la sentencia de 10 de noviembre de 1980, proferida en este proceso por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por la sociedad Electrónicas Corona Limitada contra las sociedades Inversiones Chesa Limitada, a su vez gestora de Inversiones Chesa y Compañía S. C. A. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 25 de enero de 1982. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de los deberes de asistencia por parte del*

demandado. Sentencia de 25 de enero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal de Bogotá, en el proceso promovido por Hilda Luz Janeth Gaviria de Hernández contra Elkin Antonio Hernández. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

AVALUO DEL INTERES PARA RECURRIR EN CASACION. *Los honorarios del perito que hace el avalúo no pueden ser pagados directamente a éste, sino que deben ser consignados a órdenes del respectivo despacho judicial. Sentencia de 25 de enero de 1982. No se concede el recurso de casación. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del demandado de sus deberes de esposo y de padre. Sentencia de 25 de enero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso promovido por Sonia Amparo Pareja B. contra Hugo Hernán Figueroa. Magistrado ponente: doctor Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de los deberes de esposo, en forma grave e injustificada. Sentencia de 26 de enero de 1982. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Maltratamientos de obra de parte del demandado. Sentencia de 26 de enero de 1982. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.*

TECNICA DE CASACION. *Individualidad de las causales. Peca contra la preceptiva del recurso tomar dos causales para estructurar un solo cargo. Sentencia de 26 de enero de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso ordinario de Germán Escobar Jaramillo contra Leopoldo Castro Rendón. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Quien rompe todo nexo con su consorte y lo abandona, incumple las más fundamentales obligaciones matrimoniales. Sentencia de 26 de enero de 1982. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, del demandado. Sentencia de 26 de enero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Emperatriz Toro de Cárdenas contra Fabio Cárdenas. Magistrado ponente: doctor Ricardo Uribe Holguín.*

PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *Es de 20 años, contados desde el día en que ocurrió el hecho generador del daño. Excepcionalmente la acción prescribe en tres,*

cuando se ejercita contra terceros responsables del hecho de las personas que están bajo su cuidado. La responsabilidad de las personas jurídicas por la conducta de sus agentes es directa cualquiera que sea la posición jerárquica de estas dentro de la entidad jurídica. Sentencia de 27 de febrero de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario seguido por Raquel Mejía Lallinde de Ramírez frente a "Industrias Bartoplás Limitada". Magistrada auxiliar: doctora Helena Gutiérrez R.

VIABILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. *Una vez concedido, el recurrente debe suministrar lo necesario para la expedición de copias que permitan la ejecución provisional del fallo si éste es ejecutable y no se ha pedido su suspensión. Sentencia de 27 de febrero de 1982. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.*

TECNICA DE CASACION. *La causal debe invocarse expresamente, dado el carácter extraordinario, formalista y esencialmente dispositivo del recurso, que no permite deducirla por la vía de la inferencia. Auto de 27 de febrero de 1982. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La demandada se ausentó injustificadamente del hogar desde hace seis años y por tanto, la causal prospera. Sentencia de 27 de febrero de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso promovido por Jairo Rodríguez Q. contra Esmelda Ruiz de Rodríguez. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.*

CONDENA EN COSTAS. *Quien interpone el recurso de casación y luego no presenta la demanda debe ser condenado a pagar las costas, cuya liquidación comprende los gastos judiciales y las agencias en derecho. Auto de 27 de febrero de 1982. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Requisitos para su prosperidad. Liquidación de frutos. Abono de expensas y mejoras. Sentencia de 27 de febrero de 1982.*

TECNICA DE CASACION. *Proposición jurídica completa. Necesidad de atacar en un mismo cargo todos los soportes del fallo. Sentencia de 1º de marzo de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Julio Moreno Agudelo contra Samuel Velásquez L. de Mesa. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.*

REIVINDICACION. *Si el demandado impetra que en su favor se profiera la declaración de dominio y acredite plenamente su titularidad, tal pronunciamiento se im-*

pone en la medida que comprendan los títulos allegados al proceso. Sentencia del 1º de marzo de 1982. La Corte actuando como Tribunal de instancia confirma en parte lo resuelto por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena y *revoca* algunos ordinales del fallo dentro del ordinario reivindicatorio adelantado por Harry y Beatriz Hanabergh Pombo frente a Reynaldo Larrarte Mendoza. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandante no precisó cuáles fueron los episodios constitutivos del incumplimiento o de los ultrajes y tratos crueles.* Sentencia del 10 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de fundamentales deberes del matrimonio por parte del demandado.* Sentencia del 10 de marzo de 1982.

SEPARACION DE CUERPOS. *Un solo testimonio no es prueba suficiente de la causal invocada si el testigo no da razón de la ciencia de su dicho.* Sentencia del 11 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Para su inadmisibilidad es presupuesto indispensable que la demanda reúna todas las existencias que señala el artículo 382 del Código de Procedimiento Civil, entre ellas la designación del día en que la sentencia, cuya revisión se pretende, quedó ejecutoriada.* Sentencia del 11 de marzo de 1982. Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad de la demanda contentiva del recurso extraordinario de revisión, presentada por Luis Carlos Cuartas y otra y la sociedad en liquidación Cuartas Franco y Compañía Ladrillera San Cristóbal Limitada.

CADUCIDAD (de la causal 2ª de separación de cuerpos). *Su término comienza a contarse a partir de la fecha en que termina el abandono en tanto que éste subsiste, el incumplimiento de los deberes del cónyuge no ha ocurrido sino que está ocurriendo.* Sentencia del 12 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

RESPONSABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS Y JUECES POR ERROR INEXCUSABLE O POR DOLO O ABUSO DE AUTORIDAD. *La simple equivocación no es fuente de responsabilidad.* Sentencia del 12 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

TECNICA DE CASACION. *El censor ha debido indicar la clase de error en que incurrió el sentenciador en su tarea investigativa en el campo probatorio, si de hecho o de derecho.* Sentencia del 12 de marzo de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Mede-

llín, en el proceso adelantado por José León, frente a Pastora Arias Sierra de Ortega, señalada como heredera del causante Porfirio Ortega Cárdenas. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

RECURSO DE SUPLICA. *Contra el auto que inadmite la demanda de revisión el recurso pertinente es el de súplica, no el de reposición.* Se declara improcedente el recurso. Auto del 16 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Aunque la actora no puede ser tenida por cónyuge inocente, se mantiene la condena del demandado a pagar alimentos, teniendo en cuenta que cuenta con bienes suficientes para pagar la cuota y que, además, no la objetó en el recurso de apelación por él interpuesto.* Sentencia de 16 de marzo de 1982. Magistrada auxiliar: doctora Helena Gutiérrez.

CONTRATO DE SUMINISTRO. *No puede confundirse con el de agencia comercial. En el contrato de suministro el distribuidor es propietario de las mercancías que vende y no tiene facultad de representar al empresario como agente ni como mandatario. En cambio, en el de agencia comercial el agente se obliga a promover o a explotar negocios en un determinado ramo como representante de un empresario.* Sentencia de 18 de marzo, de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Clemencia Muñoz de Medina, contra Sociedad Finca S. A. Magistrado ponente: doctor José María Esquerro Samper.

CONTRATO DE TRANSPORTE. *No existiendo restricción probatoria para demostrar el contrato de transporte de cosas puede establecerse con cualquier medio, aun con la prueba testimonial, contrato de seguro. Enunciados que debe contener la "póliza". Póliza automática.* Sentencia de 18 de marzo de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario promovido por la compañía "Suraamericana de Seguros S. A." contra Transportes Rafael Salazar y Compañía Limitada. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del demandado de sus deberes de esposo.* Sentencia de 23 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No obstante la confesión del demandado de haber agredido a su esposa con unas palmadas, la causal no prospera por no poderse ubicar en el tiempo.* Sentencia de 23 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *El recurrente debe suministrar lo necesario para la expedi-*

ción de copias en el término de diez días, contados desde el siguiente a la notificación del auto que ordena pedir el expediente, so pena de que se declare desierto el recurso. Providencia de 24 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Como no se demostró la capacidad económica de cada cónyuge, ambos deberán contribuir en igualdad de proporciones a los gastos de crianza, educación y establecimiento de su menor hija.* Sentencia de 29 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Eficacia de la prueba única de confesión para establecer las causales de separación.* Sentencia de 29 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento grave e injustificado de los deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 29 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No es definitiva, sino indefinida.* Sentencia del 29 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La condena del demandado que omitió el a quo, al pago de las costas, dentro del trámite de la consulta constituye reformatio in pejus.* Sentencia del 29 de marzo de 1982. Magistrada auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez*.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *En los procesos de alimentación instaurada por menores extramatrimoniales la competencia radica en los jueces donde aquéllos se encuentran domiciliados y se fija al trabarse la relación jurídico-procesal. Pero los menores no pueden trastear consigo el factor competencia a donde quiera que fijen su residencia.* Sentencia del 30 de marzo de 1982. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CONGRUENCIA DEL FALLO CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. *En qué consiste. Hipótesis en que hay incongruencia. La Corte recalca lo dicho sobre el particular en casación del 22 de junio de 1973, Gaceta Judicial, Tomo CXLVI, 131 y 132. Existe desarmonía entre lo pedido y lo resuelto cuando el actor solicita que se declare el incumplimiento del contrato y la consiguiente indemnización de perjuicios y el fallador decreta la resolución de la compraventa y la devolución del bien objeto de ella.* Sentencia del 30 de marzo de 1982. Casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario adelantado por Mario y Humberto Vélez González contra Ascensores Schindler de

Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

(Con salvamento de voto del doctor *Humberto Murcia Ballén*).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La demandante soporta íntegramente la carga familiar ante el abandono del marido del hogar conyugal.* Sentencia del 31 de marzo de 1982. Confirma la sentencia consultada y pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso abreviado adelantado por Aminta Carvajal de Quintero contra Alfredo Quintero. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

1. **MATRIMONIO CIVIL DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR.** *Es válido cuando se celebra de acuerdo con la ley del país donde tiene lugar, en su aspecto sustancial y en lo relativo a sus formalidades. La Ley 54 de 1924 y el concordato que aclara sólo pueden tener aplicación dentro de la República. La extraterritorialidad de la ley que consagra el artículo 19 del Código Civil no se refiere a cuestiones formales, sino a capacidad y estado civil de las personas en cuanto a actos que hayan de tener efectos en Colombia.*

2. **LITIS CONSORCIO NECESARIO.** *La sola enunciaci3n del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil no es suficiente para fundar un cargo en casación. Junto con éste deben relacionarse las normas sustanciales que tutelan el derecho subjetivo que resulte vulnerado como consecuencia de la no integración del contradictorio.*

3. **NULIDAD DE MATRIMONIO.** *En la declaración de nulidad de un segundo matrimonio, por existencia de vínculo anterior, no son litis consortes necesarios los hijos del primero, porque el vínculo que se debate es ajeno a sus intereses.* Sentencia del 31 de marzo de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario promovido por Olga Ramírez de Muñoz frente a Delina Tofiño Orjuela. Magistrada auxiliar: doctora *Helena Gutiérrez R.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Decretada la separación es imperativo el pronunciamiento sobre las pretensiones consecuenciales.* Sentencia del 16 de abril de 1982. Confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso promovido por Jairo González contra Alicia Román de González. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda de separación.* Sentencia del 16 de abril de 1982. Confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en este proceso abreviado de William Restre-

po Uribe frente a María Nilsa Osorio Ramírez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La súplica referente al nombre de la demandante no es cuestión que pueda decidirse en este proceso.* Sentencia del 16 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso promovido por Elizabeth Castillo de Riaño frente a Edgar Fernando Riaño Ramírez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Cuando no hay hijos es innecesaria la intervención en el proceso del Ministerio Público.* Sentencia del 16 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso promovido por William González Jiménez contra Diana Sobrino Quesada de González. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono injustificado de los deberes de esposa.* Sentencia del 19 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro del proceso abreviado adelantado por Germán Augusto Alvarez frente a Elvia Azucena Muriel de Alvarez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono de los deberes de esposo y padre del demandado.* Sentencia del 19 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso adelantado por Lilia Aldana de Fonseca frente a Edgar Hernando Fonseca. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Al ausentarse definitivamente del hogar conyugal el demandado incurrió y continúa incurriendo en la causal segunda de separación.* Sentencia del 19 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Nubia Ligia Arango de Pinzón contra Mario Pinzón Franco. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Requisitos de forma de la demanda. Deberá aparecer en el texto mismo del libelo.* Auto del 22 de abril de 1982. *No se admite* la demanda. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Quien se sustrae de las obligaciones conyugales y paternas incurre en grave falta constitutiva de causal de se-*

paración. Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el proceso adelantado por María Lourdes Ramírez de Méndez frente a Gonzalo Méndez. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La conducta ligera de la demandante y la ausencia de prueba acerca de su incapacidad para trabajar no justifican la condena del demandado a pagarle alimentos, la cual se revoca.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso suscitado por Ana Rey de Ramírez frente a Aníbal Antonio Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

REVISION DE LA CUOTA ALIMENTARIA. *La cuota alimentaria impuesta por el Tribunal en la sentencia que decreta la separación de cuerpos no es revisable por el propio Tribunal. Ni el auto que decreta la nulidad por falta de competencia de éste es apelable ante la Corte.* Sentencia del 26 de abril de 1982. Declara *inadmisible* el recurso de apelación contra el auto del 26 de enero pasado, en el proceso promovido por Apeil Zapata contra Ligia Guarín de Zapata. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ninguna de las causales invocadas para la separación encontró respaldo probatorio.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Revócase* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por José Tomás Castro, frente a María Nelly Riveros. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El abandono de la esposa y de los hijos durante más de 15 años configura plenamente la causal de separación.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso suscitado por Olga Mery Bejarano de Larrarte frente a Orlando Larrarte. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de los deberes a cargo del demandado y maltratamientos de obra infringidos a la demandante.* Sentencia de abril 26 de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso suscitado por Alcira Haydée Gómez de Gómez contra Alberto Alirio Gómez Henao. Magistrado ponente: *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No puede ser definitiva, sino indefinida.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el proceso

instaurado por Zoraida Carrillo Sarmiento de Begambre contra Berecelio Abigaíl Begambre del Castillo. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave incumplimiento de las obligaciones del demandado como cónyuge y padre.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso promovido por Ubeny Soto de Salazar contra Hernando Salazar Correa. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La fugaz vida matrimonial de la pareja por el abandono del demandado del hogar conyugal configura la causal segunda de separación.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso instaurado por Luisa Esther Sanabria, contra José Wilson Acevedo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono injustificado del hogar, por parte del demandado.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el proceso adelantado por Gloria Amparo Agudelo Castaño contra Leonardo Polanco Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda de separación.* Sentencia del 26 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Astrid Helena Arboleda contra Luis Alfredo Ordóñez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de sus deberes de cónyuge por parte del demandado.* Sentencia del 27 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Myriam Castellanos de Santamaría contra Jaime Alberto Santamaría Velásquez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Injustificada ausencia del hogar conyugal, de parte de la demandada.* Sentencia de abril 28 de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Carlos Julio Rodríguez Palacio contra Luzmila Rodríguez de Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La intervención del Ministerio Público solamente se exige en*

estos procesos cuando hay hijos menores. Sentencia del 28 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Josué Francisco Torres Soto contra Anatlilde Urrutia de Torres. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

RECURSO DE QUEJA. *No procede contra el auto que declara desierto el recurso de casación, sino contra el que lo niega.* Auto del 28 de abril de 1982.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Factores que determinan la competencia. Del proceso de quiebra es competente para conocer en forma exclusiva el juez civil del circuito del domicilio del deudor. Si en la demanda se pide declarar la quiebra de varios sujetos de diferentes domicilios, le corresponde prioritariamente al juez, ante quien fue presentada, pronunciarse sobre su admisión.* Sentencia del 28 de abril de 1982. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. *La falta de traslado de la demanda de reconvencción queda saneada cuando la parte que podía alegar no lo hizo oportunamente.* Sentencia del 28 de abril de 1982. *Revoca* el auto apelado en el proceso de Héctor Obando Correa contra Amparo Ospina de Obando. Magistrado ponente: ...

EXCEPCIONES PREVIAS EN PROCESO DE REVISION. *No pueden resolverse por vía incidental invocando el principio de economía procesal. Es deber de los apoderados judiciales guardar el debido respeto a quienes administran justicia.* Sentencia de abril 28 de 1982. *Revoca* el auto de fecha 23 de marzo último. En el proceso de lanzamiento de Jesús María Pombo Jiménez contra Jesús Antonio Albornoz Solano. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales. Las relaciones sexuales obtenidas por la violencia no constituyen causal de separación, pues el consorte violentado no sería autor de una falta conyugal, sino mera víctima desgraciada de un delito.* Sentencia del 28 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso suscitado por Luis Ernesto López Salas frente a Blanca Floralba Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra de parte del demandado.* Sentencia del 30 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso adelantado por Luz Posada de Bustamante frente a Jairo Bustamante Betancourt. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La circunstancia de que el demandado haya sido llevado transitoriamente a la cárcel en varias ocasiones por atentar contra la propiedad no tipifica ninguna de las causales de que trata el artículo 154 del Código Civil.* Sentencia del 30 de abril de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso adelantado por Idaly Barreto de Orjuela frente a José Emigdio Orjuela Bulla. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La condena del marido a pagar alimentos por un juzgado de menores es prueba suficiente del incumplimiento de tan importante obligación para la vida de los hijos.* Sentencia del 3 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Ninfa María Montero de Enciso, contra Manuel Guillermo Enciso. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga. (Con salvamento de voto del doctor José María Esguerra Samper).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las pretensiones no prosperan por falta de pruebas.* Sentencia del 4 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Isabel Mejía de Galezo, contra José Manuel Galezo. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

TECNICA DE CASACION. *El demandante debe consignar o referir de manera expresa la causal respectiva.* Auto del 4 de mayo de 1982. *No se admite* la demanda de casación, y consecuentemente, declarar desierto el recurso. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El desamparo de la esposa y de los hijos constituye grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y padre.* Sentencia del 5 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso instaurado por Elba Martínez de Zambrano contra Hugo Eliécer Zambrano. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESOLUCION DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA. *Hay evidente error de hecho cuando el fallador presume que el acreedor que recibe el pago parcial de una obligación morosa da plazo para el cumplimiento de todos los demás instalamentos pactados y aún no pagados.* Sentencia del 6 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso instaurado por Juan Bautista Bermúdez Martín contra Lourdes Torres Táutica. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono de los deberes de esposa y madre de la demandada.* Sentencia del 10 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso instaurado por William de Jesús Sánchez Restrepo contra María Celina Marín Hernández. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Caducidad de la causal de malos tratos.* Sentencia del 10 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Lúgía Aydee de la Valvanera Herrera Montoya de Absil Rojas contra Carlos Enrique Absil Rojas. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Para que una excepción pueda dejar sin piso las pretensiones de la demanda, ésta debe cobijar la totalidad de las causales alegadas.* Sentencia del 10 de mayo de 1982, *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Amparo Cuervo de Londoño contra Jaime Londoño Balbín. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia del 11 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Carlos Arturo Gómez Gómez frente a Sonia Bernal Jaramillo. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La fidelidad no sólo atañe al campo de la vida sexual, sino que tiene un sentido mayor en la unión matrimonial.* Sentencia del 11 de mayo de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso instaurado por Flor María Hurtado de Sandoval contra Balbino Sandoval Rojas. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El allanamiento no puede darse cuando el demandado rechaza los hechos de la causa petendi.* Sentencia del 11 de mayo de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el proceso instaurado por María Aydee Bedoya frente a Alvaro Bonilla. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Total inactividad probatoria de la parte demandante.* Sentencia del 11 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Ana Belén Sánchez contra Salvador Arias. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

PROMESA DE VENTA. *Incumplimiento de la promesa. Error de hecho en la apreciación de la prueba.* Sentencia del 11 de mayo de 1982. *Confirma* la Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso de Germán Reyes García contra Nelly del Carmen Sánchez y otro. Magistrado ponente: *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La paternidad impone a los progenitores los deberes de socorro y asistencia.* Sentencia del 15 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso suscitado por Carmenza Pico de Herrera frente a Julio Alfonso Herrera. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *El término perentorio de abandono en el evento de caducidad no se cuenta desde cuando éste se produce, sino desde cuando cesa.* Sentencia del 17 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en el proceso suscitado por Cecilia Ruiz de Castellanos frente a Plinio Ernesto Castellanos. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de sus deberes de esposo y padre por parte del demandado.* Sentencia del 17 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Elsa Mariela Carreño de Martínez frente a Eduardo Martínez. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *El demandado no pudo tener domicilio ni haber sido notificado en inmueble, cuya dirección no existe.* Sentencia del 18 de mayo de 1982. Declara infundado el recurso de revisión propuesto por Martín Vargas Camelo, contra la sentencia del 11 de agosto de 1978, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ejecutivo propuesto por Alfonso Rozo contra el ahora recurrente. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Por su misma naturaleza es medida eminentemente temporal que jamás se torna definitiva.* Sentencia del 18 de mayo de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Gloria María Peralta de Poveda contra Efraín Poveda. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *A pesar de que las causales invocadas en el proceso contencioso no aparecen probadas, si ambas partes se muestran acordes con la separación y la paz y el sosiego domésticos resultan imposibles, la separación debe decretarse.* Sentencia del 24 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por María Alba Peña de Ramírez contra Roberto Ramírez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Requisitos formales para la admisión de la demanda.* Auto del 26 de mayo de 1982. *No revoca* la sentencia proferida, en el proceso de Armando López Torres y Myriam Sala de López contra "Construcciones Pijao Limitada". Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *La regla general para determinar la competencia de los negocios contenciosos le asigna primer lugar al domicilio de la demandada.* Sentencia del 26 de mayo de 1982. *Es competente* el Juez Sexto Civil de Menores para conocer de la demanda atrás mencionada. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Nulidad originada en la sentencia.* Sentencia del 26 de mayo de 1982. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del deber de asistencia espiritual.* Sentencia del 26 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso adelantado por Cielo Toro de Gómez frente a Jairo Gómez Montes. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

NULIDAD PROCESAL. *La hay cuando el fallo se pronuncia en la mitad del camino procesal, pretermitiendo la apertura a pruebas del litigio y sin conceder a las partes oportunidad para alegar de conclusión.* Sentencia del 27 de mayo de 1982. Se decreta la nulidad de lo actuado en el proceso adelantado por Luz Marina Sánchez contra Javier Hugo Velásquez Peláez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Caducidad de las causales. El desinterés en alegarlas dentro del término señalado en la ley se considera como una especie de perdón u olvido de lo acontecido.* Sentencia del 27 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que contra María Elizabeth Beltrán de Vargas, adelantara su esposo José Antonio Vargas Ríos. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El sólo hecho de obtener mejores ingresos no justifica el alejamiento del hogar, sobre todo cuando se torna prolongado y se prevé indefinido el regreso.* Sentencia del 27 de mayo de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso suscitado entre Myriam Restrepo de Henao y Wenceslao Henao Ríos. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

RECURSO DE QUEJA. *Contra el auto que lo decida no procede recurso alguno.* Auto del 27 de mayo de 1982. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales del demandado.* Sentencia del 27 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el proceso adelantado por María Eugenia Castillo de Velasco contra Palmiro Ignacio Velasco García. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra.* Sentencia del 27 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso adelantado por Alix Beatriz Pulido de Mantilla, contra Bernardo Mantilla Rangel. Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las obligaciones emanadas del matrimonio sufren notorio quebranto cuando uno de los consortes deja el hogar doméstico sin causa que justifique su proceder.* Sentencia del 27 de mayo de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso suscitado por Luis Ignacio Lara, frente a Flor Cecilia Angarita. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

TECNICA DE CASACION. *Cuando se acusa la sentencia por quebranto directo de la ley sustancial es impropio buscar apoyo en desaciertos cometidos por el juzgador al analizar las pruebas incorporadas en el litigio.* Sentencia del 28 de mayo de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario adelantado por Luis Sarmiento Neira contra la Corporación Nacional de Turismo y el Municipio de Tunja. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y de padre.* Sentencia del 7 de junio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso instaurado por Yolanda Fló-

rez de Villegas frente a Otilio Aníbal Villegas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Total abandono del demandado de sus deberes de padre.* Sentencia del 7 de junio de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por María Myriam Rodríguez contra José de Jesús Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

1. **NULIDADES PROCESALES.** *Para que la nulidad procesal configure la causal quinta de casación, se requiere que no haya sido saneada.*

2. **NULIDAD DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA.** *La Corte ratifica su doctrina sentada en sentencia del 19 de enero de 1979.* Sentencia del 7 de junio de 1982. *No casa* la pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, instaurado por Teresa Romero viuda de Cubillos y otros contra la sociedad Fumigación Agraria del Meta "Fadema". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Corresponde a la demandada justificar los motivos que la obligaron a abandonar el hogar conyugal y, por ende, sus deberes de esposa y de madre. Al no hacerlo, la causal de separación prospera.* Sentencia del 7 de junio de 1982. *Revoca* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, dentro del abreviado adelantado por Luis Pimiento Gómez frente a Hortencia Beltrán de Pimiento. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

TECNICA DE CASACION. *Error de hecho y error de derecho.* Diferencias que les infunden entidad específica propia que impiden confundirlos. Sentencia del 7 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario instaurado por Isidro Boada Gómez frente a la entidad Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales del demandado con un tercero.* Sentencia del 7 de junio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso adelantado por Patricia Margarita Ramírez de Hernández frente a Carlos Augusto Hernández Birchenall. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

TECNICA DE CASACION. *La acusación por vía directa no puede apoyarse en presuntos errores en la apreciación de las pruebas, ni al sentenciador puede imputár-*

sele, simultáneamente interpretación errónea e indebida aplicación del mismo precepto legal. Sentencia del 7 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del ordinario adelantado por Ricardo Zuluaga Mejía frente a Blanca Inés Zuluaga de Buitrago y otros. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

ERROR DE HECHO. *Debe ser manifiesto, ostensible, que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos.* Sentencia del 7 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal en el proceso adelantado por Rubiela Ramírez y Elena Silva de Tibaduiza contra Guadalupe Blanco de Bautista. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

1. COSA JUZGADA. *Identidad de partes.*
2. COMUNIDADES DE INDIGENAS. *Parcialidades, resguardos y cabildos.* Sentencia del 7 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario del Cabildo de la Parcialidad de Indígenas de Cumbal, contra José M. Erazo y Gloria Calpa de López. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura.

FILIACION NATURAL. *Caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia que declara la filiación natural cuando la demanda se instaura después de dos años de haber ocurrido la muerte del causante.* Sentencia del 8 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por Edelmira y María Nohemy Restrepo contra la sucesión del finado Benjamín Brand, representada por la señora Ana Sánchez de Brand. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

1. PRETERICION DE LA PRUEBA. *No existe cuando el sentenciador no omite considerar en el fallo una prueba, sino que en su tarea ponderativa no le concede eficacia. El yerro, en este caso, no sería de facto sino de valoración.*
2. TESTIGOS SOSPECHOSOS. *Dentro del sistema de la sana crítica que consagra nuestro derecho probatorio al juez corresponde apreciar las circunstancias de la sospecha.*
3. REFORMATIO IN PEJUS. *Cuando ambas partes apelan o cuando una de ellas interpone la alzada y respecto de la otra obra la consulta, la competencia funcional del ad quem es panorámica: el superior se halla legalmente facultado para revisar con toda amplitud la providencia impugnada y consultada a la vez.* Sentencia del 8 de junio de 1982. *No casa* la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Luz Stella López contra la heredera Lesbia Ochoa viuda de

Echeverri y los herederos indeterminados de Dagoberto Echeverri Ochoa. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El incumplimiento de uno de los deberes, ya en su condición de cónyuge, ora en su calidad de padre o madre, le abre paso a la pretensión de separación.* Sentencia del 8 de junio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso adelantado por María Esperanza Salgado de Villamil contra Luis Alfonso Gallego Arango. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La demandante ha sido víctima en varias ocasiones de la agresividad del demandado en episodios que no los compromete la caducidad por haberlos reiterado recientemente éste.* Sentencia del 8 de junio de 1982. *Confirma* la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Delfina Peralta de Pineda contra Luis Antonio Pineda Acuña. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia del 8 de junio de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por María Cristina Velandia de Sánchez contra Carlos Enrique Sánchez. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Injustificado abandono del cumplimiento de los deberes conyugales y paternos.* Sentencia del 9 de junio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso promovido por Joaquín Adolfo Mesa contra Rosalba Montoya de Mesa. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del cumplimiento de los deberes de esposa.* Sentencia del 14 de junio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso instaurado por Hugo Eduardo Ortiz contra Fabiola Gutiérrez de Ortiz. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Al declarar el Tribunal que la demandante sufrió lesión enorme, el recurrente en casación ha debido denunciar como quebrantados, por aplicación indebida, los textos que consagran la rescisión de la venta por esa causa, los cuales constituyen el fundamento jurídico cardinal de la sentencia impugnada.* Sentencia del 14 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por Amelia Justina Rubio viuda de Cruz frente a Salvador Rojas Vergara. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

ERROR DE HECHO. *No comete error el Tribunal cuando habiendo relacionado los testimonios que le permitían acceder a las pretensiones, omite el estudio expreso de los que no le produjeron igual convicción.* Sentencia del 15 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscrita por Mario de Jesús Quintero frente a los herederos de Mario Molina y su cónyuge sobreviviente. Magistrado ponente: Auxiliar doctor *Hernán Salamanca Porras*.

TECNICA DE CASACION. *Cuando la situación litigiosa versa sobre una pretensión de declaratoria judicial de pertenencia de un bien raíz, el impugnante en casación tiene que denunciar como quebrantados todos los preceptos que conforman la proposición jurídica, entre ellos el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 15 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso ordinario de Dillys Laeharme de Vega contra Francisco A. Vega Sánchez y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Alejamiento de la demandada del hogar conyugal sin causa que la justifique.* Sentencia del 15 de junio de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso adelantado por Alejandro Mora contra Carmen Mendoza. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

TECNICA DE CASACION. *Es contrario a la técnica del recurso proponer dos errores, uno de hecho y otro de derecho simultáneamente en el mismo cargo y en relación con idéntico punto de un determinado medio probatorio. Lo mismo que hacer de los dos errores un compuesto híbrido para derivar el de derecho de la posible comisión de uno de hecho.* Sentencia del 16 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario instaurado por José Néstor y Gustavo Patiño Betancur contra José Miguel Alzate y otros. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

MEJORAS. *Reconocimiento y pago de mejoras en proceso de reivindicación. El edificador tiene derecho a retener su mejora mientras no se le pague o asegure su valor o la parte de éste que quede a su favor en razón de expensas o mejoras. Si el dueño del suelo dispone de él junto con la mejora construida, quien adquiera todo, aunque no se halle obligado a pagar al mejorador*

nada, si está obligado a respetar el derecho de retención que tiene el constructor. Confírmase en parte la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario promovido por Julio Alberto Piñeros, contra Eduvina Castro de Fajardo (sentencia del 16 de junio de 1982). Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del hogar, por parte de la demandada.* Sentencia del 17 de junio de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Manuel Ricardo Díaz Alcázar contra Beatriz Palumbo Bejarano. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento grave de la demandada de sus deberes de esposa y de madre.* Sentencia del 17 de junio de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Felipe Panqueva Tarazona contra Bertha Tarazona. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE BIENES. *El acuerdo celebrado entre cónyuges antes de la vigencia de la Ley 1ª de 1976 para acordar las bases de la separación de bienes y la consecuenzial liquidación de la sociedad conyugal no es ilegal ni constituye transacción sobre aspecto que no la admite.* Sentencia del 17 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Jorge O. López Suárez frente a Isabel Valderrama de López. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las simples rencillas y disgustos no constituyen causal de separación.* Sentencia del 17 de junio de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Jorge Eliécer Contreras frente a Orfa Libia Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *La legitimatio ad causam es asunto totalmente diferente de la representación. La certificación que debe expedir el registrador de instrumentos públicos para los procesos de pertenencia ha de responder a las exigencias del artículo 413, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia de junio 17 de 1982. *Decreta* la nulidad de todo lo actuado, a partir inclusive del auto admisorio de la demanda dentro del proceso de pertenencia adelantado por Jorge Sanabria Quijano, quien cedió sus derechos a Lázaro Pedraza Sanabria, contra personas indeterminadas, y que terminó con la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Cuando la demandante no allega pruebas al expediente de la causal que invoca la sentencia debe ser absolutoria, no inhibitoria.* Sentencia del 17 de junio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Marina Inés Acuña frente a Rafael Marentes Bello. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

1. INCONGRUENCIA POR MINIMA PETITA. *Consiste en dejar de resolver una de las pretensiones expresamente aducidas en el escrito de la demanda.*
2. PROMESA DE COMPRAVENTA. *Es nula cuando el contrato no se haya determinado cabalmente; cuando no se singulariza el objeto del mismo.* Sentencia del 21 de junio de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso suscitado por Josefa María Lavalle viuda de Acosta y otros frente a Jorge y Yudex Salah Donado. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

(Salvamento de voto del doctor Jorge Salcedo Segura).

ERROR DE HECHO. *No incurre el fallador en él cuando interpreta las cláusulas contractuales en sentido que no contradice abiertamente su objetividad.* Sentencia del 23 de junio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del ordinario adelantado por Ramón Antonio Gómez frente a María Leonor Muñoz de Estrada. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

CESION DEL INTERES SOCIAL. *Es nula y no produce efectos legales cuando se realiza sin el lleno de las formalidades que señalan los estatutos, aunque la sociedad se halle disuelta.*

La disolución de la sociedad no se confunde con su extinción porque ésta continúa con vida jurídica, así sea para finalizar las operaciones en curso y alcanzar la meta de su liquidación. Sentencia del 23 de junio de 1982. *Casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del ordinario adelantado por Arturo Jaramillo Londoño frente a Antonio Duque Gómez y Teresita Jaramillo de Arango. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Oposición del demandado al embargo y secuestro preventivos de la sociedad limitada formada con su consorte. Prospera por ser la sociedad persona distinta de sus socios.* Auto del 23 de junio de 1982. *Revoca* el auto apelado en el proceso de separación de cuerpos adelantado por Martha Lucía Estévez de Henao contra Raúl Henao Garcés. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia del 27 de abril de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Francisco Bernardo Alfredo Mariño Melo contra Emely García de Mariño. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

RECURSO DE SUPLICA. Auto del 30 de junio de 1982. *Revoca* el proveído atacado. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Trándose de la causal primera, el demandante debe demostrar:*

- 1º *El hallazgo de un documento preexistente.*
- 2º *Que el documento encontrado tiene fuerza suficiente para hacer variar la sentencia recurrida, y*
- 3º *La absoluta imposibilidad, debido a fuerza mayor o caso fortuito, o a obra de la parte contraria, en que estuvo el recurrente para aportar esa prueba documental.* Sentencia del 1º de julio de 1982. *Declárase infundado* el recurso propuesto por Francisco Barragán contra la sentencia del 12 de noviembre de 1979 en el proceso ordinario que aquél había promovido contra Seguros Comerciales Bolívar S. A. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CASACION PER SALTUM. *Para la procedencia del recurso no solo es necesario que la providencia sea apelable, sino también que las partes manifiesten al Juez del Circuito que ha dictado la sentencia, dentro del término de ejecutoria de ésta, su intención de prescindir del recurso de apelación, expresando que en su lugar proponen casación per saltum.* Auto del 1º de julio de 1982. *Deniega* el recurso de queja interpuesto por Débora Sánchez de Cantillo y Olga Sánchez de Varela contra la sentencia aprobatoria de la partición dentro del sucesorio de Oscar Delio Sánchez Valdivieso. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

1. ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO. *Existe 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 error de derecho, cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o la eficacia de la prueba o su evaluación.*
2. NULIDAD Y RESOLUCION DEL CONTRATO. *La nulidad atañe exclusivamente a la formación del contrato, la resolución se refiere a la ejecución de contrato válidamente celebrado.* Sentencia del 6 de julio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en este proceso ordinario de la sociedad M. R. Inversiones Limitada

contra la sociedad Proseca Limitada. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de la demandada de sus deberes de esposa.* Sentencia del 12 de julio de 1982. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el proceso de separación de cuerpos promovido por Luis Carlos Cano Gallego contra Leonor Alvarez Estrada. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerria Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia del 12 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso abreviado que María del Pilar Durán de Cleves promovió contra Esteban Cleves. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

TECNICA DE CASACION. *La causal primera de casación sólo procede respecto de normas sustanciales. El artículo 368 del Código de Procedimiento Civil no tiene el carácter de sustancial.* Auto del 12 de julio de 1982. La Corte resuelve inadmitir la demanda de casación y declarar desierto el recurso extraordinario, en el proceso instaurado por Pablo Emilio Reyes contra Omero Clavijo y María Elvira Tello de Clavijo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Puede prometerse en venta un bien que a la fecha de la promesa era sujeto de patrimonio familiar inembargable.* Sentencia del 12 de julio de 1982. *No casa* la sentencia impugnada en el proceso instaurado por Nohemí Ríos de Betancur, José Nabor y Amparo y Nohemí Betancur Ríos. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerria Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia del 13 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso instaurado por Hilda Rodríguez contra Luis Alberto Buitrago. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

TECNICA DE CASACION. *Cuando la situación litigiosa versa sobre declaratoria judicial de pertenencia, el impugnante en casación debe denunciar como quebrantados todos los preceptos que conforman la proposición jurídica, entre ellos el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 16 de julio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso ordinario suscitado por Erasmo Bandera y otro frente a María Mendoza V. de Sánchez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

(Con salvamento de voto del Magistrado doctor *Jorge Salcedo Segura*).

ACCION REIVINDICATORIA. *No es indispensable que quien pretende reivindicar proponga como petición previa a la restitución la declaración de que el bien le pertenece.* Sentencia del 16 de julio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en este proceso ordinario adelantado por Julián Alberto y Cristina Jiménez Vargas contra Alberto Alzate Tobón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de sus deberes conyugales y paternales.* Sentencia del 16 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso adelantado por Celmira Restrepo de Bautista contra Jorge Eliécer Bautista Velásquez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de la demandada de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia del 27 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en el proceso adelantado por Carlos Guillermo Quevedo Guevara contra Holanda Jaramillo Mejía. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado a sus deberes de esposo y padre. Si el padre abandona al hijo, el juez debe decretar la correspondiente emancipación, lo que comporta que sea la madre a quien corresponde la patria potestad de modo exclusivo.* Sentencia del 27 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en este proceso instaurado por Amira Ramírez de Montilla contra Eduardo Montilla Burbano. Magistrado ponente: ...

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *La Corte ratifica la doctrina consignada en providencia del 14 de julio del año en curso. El proceso de revisión es distinto de aquel en que se dictó la sentencia, cuya revisión se pretende y por consiguiente no se configura la causal de impedimento el que el funcionario haya conocido del mismo proceso en instancia anterior. La causal de impedimento o recusación prevista en el numeral 7º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil se configura cuando en el momento en que se suscita la recusación o se manifieste el impedimento existe, o sea, que se esté tramitando un proceso penal contra el funcionario, no que haya existido o que pueda llegar a existir.* Auto del 27 de julio de 1982.

(Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *Jorge Salcedo Segura*).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave incumplimiento de la demandada a sus deberes de esposa y madre.* Sentencia del 27 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en este proceso instaurado por Hooper Otero Girón contra Aydee Muñoz de Otero. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia del 28 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso instaurado por María Aceneth Vélez de Franco contra Francisco José Franco Arias. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento grave e injustificado del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia del 28 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso instaurado por Mary Luz Arteaga de Luna contra Guillermo Luna Gaitán. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento injustificado del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia del 28 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso instaurado por Milley Nibia Santos de Arboleda contra Ernesto Arboleda Otálora. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento injustificado del demandado a sus deberes de esposo y padre.* Sentencia del 29 de julio de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en este proceso instaurado por María Eugenia Rueda García de Molina, frente a Daniel Esteban Molina Auger. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

REIVINDICACION. *Elementos de la pretensión reivindicatoria. Para que prospere, es indispensable demostrar la identidad entre lo que se reclama y lo que se posee y además, que el bien perseguido se encuentre comprendido en el Título de Dominio que ostenta el actor.* Sentencia del 30 de julio de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso instaurado por Luis Alfonso Hurtado Rui y otros contra Ana Lucía Sabogal de Sabogal y otros. Magistrado ponente: doctor *Hugo A. Vela Camelo*.

PRUEBA PERICIAL - PAGO DE PERITOS. *Cuando la prueba ha sido decretada oficiosamente deberá ser tenida en cuenta por el fallador, aunque alguna de las partes no haya consignado los honorarios causados; lo contrario sería dejar al arbitrio de la parte eventualmente desfavorecida con el peritazgo que el juez pueda o no apreciarlo.* Sentencia del 3 de agosto de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario de Luciano Ochia Suárez contra Zenaida Jaramillo de Ochoa. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

(Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *Jorge Salcedo Segura*).

EXCEPCION DE PRESCRIPCION. *Propuesta como previa con resultado desfavorable para el excepcionante, no puede ampararse en el recurso extraordinario de casación, del cual tácitamente prescindió al optar por la rápida vía procesal del incidente, para obtener la revisión del auto que la desestimó.* Sentencia de 3 de agosto de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario de Tejidos Leticia Limitada contra Expreso La Costa Limitada. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

(Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *Jorge Salcedo Segura*).

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *No la hay cuando el daño no tuvo origen en conducta negligente de la demandada, sino en las fallas de edificación colindante como causa ajena imprevisible e irresistible.* Sentencia del 3 de agosto de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del ordinario adelantado por Jorge Perico Cárdenas y Alicia Yamure de Estefan, frente a la sociedad "Coéxito S. A.". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

(Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *Jorge Salcedo Segura*).

TECNICA DE CASACION. *El quebranto de normas sustanciales con fundamento en la apreciación que el fallador hizo de la prueba no puede atacarse por vía directa, sino indirecta.* Sentencia del 9 de agosto de 1982. *No casa* la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario instaurado por Alicia Riviere Mejía, en frente de la entidad "Almacenes Generales de Depósito de Occidente S. A., Aloccidente". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

(Salvamento de voto del doctor *Humberto Murcia B.*).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de sus deberes de esposa y de*

madre, de la demandada. Sentencia de agosto 12 de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por Guillermo Emilio Valencia Jiménez contra Rocío Rodríguez de Valencia. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La manifestación de que no se opone a la separación, con fundamento en culpas del marido y no de ella, no constituye confesión.* Sentencia del 13 de agosto de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso instaurado por Angel María Correa contra María Clara Arias. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La falta absoluta de pruebas conlleva la absolución de la demandada.* Sentencia del 13 de agosto de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Luis Alfonso Bernal Sánchez frente a María Cristina Torres. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El no pago de las mesadas a que fue condenado el demandado en juicio de alimentos constituye incumplimiento grave e injustificado de los deberes de padre.* Sentencia del 13 de agosto de 1982. La Corte *Revoca* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso instaurado por Luz Myriam Ospina de Hernández contra José Eduardo Hernández. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

RESOLUCION DE LA PROMESA. *Mutuo disenso de las partes. La no concurrencia de los contratantes a satisfacer sus simultáneas obligaciones es omisión que por sí sola relleva su desgano, su falta de interés para perfeccionar la compraventa prometida.* Sentencia del 17 de agosto de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Ignacio María y Luis Ignacio Molina Torres frente a Germán Cubillos Pinzón y María Concepción Páez de Cubillos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ausencia del demandado del hogar sin causa que lo justifique.* Sentencia del 23 de agosto de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso adelantado por Gloria Escobar de Rivera contra José María Rivera Parra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

RECURSO DE CASACION. *Presupuestos para su admisibilidad.* Auto del 23 de agosto de 1982. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de sus deberes conyugales y paternos, del demandado.* Sentencia del 23 de agosto de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Myriam Pastora Giraldo de Giraldo contra Jaime Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del marido demandado de la totalidad de sus deberes.* Sentencia del 23 de agosto de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso adelantado por María Esperanza Tabares Valencia contra José Jairo García Betancourth. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RESCISION POR LESION ENORME. *Análisis de la prueba pericial. El experticio no carece de motivación.* Sentencia del 24 de agosto de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Rosa Castillo de Lozano y Deogracias Lozano Penagos contra Luis Hernando Rodríguez Varón. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Diferencias con la acción publiciana. El ejercicio de esta última sólo corresponde al poseedor regular. El comunero que reivindicación debe hacerlo para la comunidad.* Sentencia del 24 de agosto de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso promovido por Ana Flora Buitrago de Huertas contra Jaime Morales y otros. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

ALIMENTOS PROVISIONALES. *Su cobro por la vía ejecutiva no puede hacerse ante el Tribunal que conoce de la separación de cuerpos, ni ante la Corte en segunda instancia.* Sentencia del 24 de agosto de 1982. *Confirma* el auto de 30 de septiembre de 1982 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso adelantado por María Edelmira Serna Castaño contra Mateo de Jesús Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

(Con salvamento de voto de los Magistrados, doctores *José María Esguerra Samper, Alberto Ospina Botero y Jorge Salcedo Segura*).

ARRENDAMIENTO COMERCIAL. *Error de técnica en la formulación del recurso de casación.* Sentencia del 25 de agosto de 1982. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Me-

dellín, en el proceso ordinario de Guillermo Pérez Co rrea contra Texas Petroleum Company. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

DESERCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. *Hay lugar a declararla cuando el recurrente no deposita el valor de los honorarios periciales, sino que se limita a presentar constancia de haberlos pagado directamente al auxiliar de la justicia.* Auto del 25 de agosto de 1982. La Corte declara *Desierto* el recurso interpuesto por la parte demandante en este proceso promovido por Elicio Rubio Alvarez contra Antonio Melo Linares. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ultrajes y maltratamientos de obra del demandado a la demandante.* Sentencia del 30 de agosto de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso promovido por Dora Elvira Hurtado de Silva contra Gustavo León Silva Londoño. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

COSTAS. *La parte deudora no puede ser oída sin necesidad de requerimiento y sólo después de cumplir con esta carga procesal recobra su derecho, debiendo tomar el proceso en el estado en que se encuentra. Por consiguiente los términos que vencen antes de pagar las costas, no reviven al depositar su valor, el obligado.* Auto del 30 de agosto de 1982. La Corte rechaza el recurso de reposición propuesto por la parte demandada. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. *La muerte de un ser querido, de un pariente tan próximo como lo es un hijo respecto de su madre, siempre ha sido considerada como un daño susceptible de ser indemnizado.* Sentencia del 31 de agosto de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario de Julia Gómez de Lozano contra la "Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá - Coomotor". Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

DECLARACIONES O DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. *No existen cuando el fallador, no obstante declararse inhibido para decidir sobre el fondo del asunto, revoca la condena en costas.* Sentencia del 31 de agosto de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del ordinario adelantado por Oswaldo y Luis Enrique Ospina Barragán frente a "la sucesión intestada e ilícida de Ana Bautista Medina Angarita, representada por sus hijos herederos Eliécer, Ana Rosa y Adonái o María Adinaí Medina". Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia del 31 de agosto de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Celio Briceño Malagón contra Hortensia Suárez de Briceño. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

INCIDENTE DE NULIDAD. *En la providencia recurrida en casación no caben incidentes. Sin embargo, precluida esta etapa con prosperidad de la censura la Corte se convierte en Tribunal de instancia, pudiendo entonces proponerse de nulidad hasta antes de que se dicte la sentencia.* Auto del 2 de septiembre de 1982. *No se repone* al auto reclamado. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS. *La confesión, en estas causas, sí tiene pleno poder de convicción.* Sentencia del 3 de septiembre de 1982. *Revoca* la sentencia absolutoria de primera instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este proceso suscitado por Luz Marina Prieto frente a Marco Antonio Perdomo. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA. *El no pago del cheque girado como parte del precio por razones de fondos insuficientes y saldo embargado constituye incumplimiento del contrato, aunque hubiere sido presentado para el cobro antes del registro de la escritura, hecho al cual se había supeditado su exigibilidad.* Sentencia del 6 de septiembre de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de Matilde Forero Navas contra Pedro María Maldonado. Magistrado ponente: doctor

...
ERROR DE HECHO. *Cuando el sentenciador se mueve exclusivamente dentro de la órbita indiciaria sus conclusiones prevalecen mientras no se demuestre en el recurso de casación que contrarían los dictados del sentido común.* Sentencia del 6 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de Inversiones Rurales Limitada y Mario Salazar Vélez contra el Banco Popular S. A. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SIMULACIÓN ABSOLUTA. *Prueba indiciaria. Las conclusiones sacadas por el Tribunal en el campo indiciario deben ser acogidas y respetadas por la Corte mientras el juzgador ad quem no sea convicto de contraevidencia.* Sentencia del 7 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso adelantado por José Manuel Guzmán contra María Eulalia Romero. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

Errores de técnica en la formulación del recurso extraordinario. Sentencia del 8 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso adelantado por Matías José Jiménez y María Rífina Portillo de Jiménez contra la Electricadora de Córdoba S. A. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

La individualidad de los cargos no permite entremezclarlos. Cuando se invoca el motivo primero de casación la censura debe señalar los preceptos de índole sustancial vulnerados por el sentenciador; de no hacerlo, la impugnación carece de objetivos. Sentencia del 8 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso instaurado por María Teresa Diosa de Santa contra Manuel de Jesús Diosa Castañeda. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

REVISION.

Nulidad de la sentencia y de todo lo actuado en proceso en que no se citó un litisconsorte. Sólo tiene cabida tratándose de litisconsorcio necesario. Sentencia del 9 de septiembre de 1982. *Declárase infundado* el recurso interpuesto por Alvaro Echavarría Olarte, contra la sentencia del 23 de febrero de 1981, proferida por la Corte en el proceso ordinario adelantado por Rosa María Campo de Calero contra la sociedad Predios y Ganados Limitada "Preganados". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

NULIDAD DEL PROCESO.

La ineptitud de la demanda por adolecer de requisitos de forma no constituye causal de nulidad. El simple error o lapsus en que incurra el demandante al estructurar su demanda en la designación del nombre o de uno de los apellidos de las partes no configura irregularidad alguna, si en el cuerpo de la misma aparecen el nombre o apellido correctos.

Auto del 9 de septiembre de 1982. La Corte resuelve negar la solicitud de nulidad formulada por la parte demandada, en el proceso adelantado por Carlota Quiñones de Laverde contra José de Jesús Laverde, demanda presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

Abando no injustificado del demandado de sus deberes de esposo y de padre. Sentencia del 9 de septiembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso adelantado por Gloria Amparo Gómez de Gómez contra Efrén Gómez Mondragón. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

El mutuo acuerdo manifestado con el allanamiento de la demanda y con la falta de ánimo conciliatorio expresado en las audiencias debe producir el efecto perseguido por ambos cónyuges, es decir, la separación. Sentencia del 9 de septiembre de 1982. *Revoca* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Ramiro Carranza contra Eulalia Romero de Carranza. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

Causales segunda y sexta del artículo 154 del Código Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Alicia Garzón de Molina contra Roberto Molina Salguero. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

Abando no de los deberes de esposo y padre, del demandado. Sentencia del 13 de septiembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso instaurado por Angela Ramírez Díaz frente a Hernando Lopera Villa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

Estando disuelta la sociedad conyugal por sentencia ejecutoria no ha menester otra declaración de igual sentido. Sentencia del 13 de septiembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso adelantado por Dayssy Posada Suárez contra William Toro Posada. Magistrado ponente: doctor ...

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

El solo indicio consistente en que el demandado no respondió al emplazamiento que se le hizo, sin ningún otro elemento de convicción respecto al grave e injustificado incumplimiento de sus deberes de esposo y padre no es prueba suficiente de la causal segunda del artículo 154 del Código Civil. Sentencia del 13 de septiembre de 1982. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso adelantado por Flor Angela Espinosa contra Víctor Manuel A. García. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

TECNICA DE CASACION.

La Corte no puede discrecionalmente modificar el criterio de apreciación de las pruebas de los falladores de instancia ni sustituirlo por otro que estime más acertado. Y, de otra parte, el censor debe combatir todos los medios de prueba en que descansa la sentencia. Sentencia del 16 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en este proceso

adelantado por Baudilio Herrera Betancourt contra Leda Betancourt de García y Gilberto Plitt U. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El cónyuge que sin motivo que lo justifique se ausenta del hogar quebranta uno de los deberes esenciales para el normal desenvolvimiento de la vida conyugal.* Sentencia del 16 de septiembre de 1982. *Confirma* la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso abreviado de separación adelantado por Víctor Herrera contra Rubi del Socorro Arango. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PRUEBA DEL ESTADO CIVIL. *Una es la prueba del estado civil y otra la de los hechos constitutivos de ese estado. No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Jaime, Rosalba, Nohora y Alvaro Bocanegra contra Leonor Tovar viuda de Bocanegra. Sentencia del 23 de septiembre de 1982. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REIVINDICACION. *El título de propiedad aducido por el demandante debe ser precedente a la constitución de la posesión que alega el demandado.* Sentencia del 23 de septiembre de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso adelantado por Carlos Augusto Montoya, contra José Antonio Martínez Tovar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. *La interpretación de los contratos es cuestión que corresponde a la discreta autonomía del fallador, inmodificable en casación, a menos que éste incurra en error de hecho manifiesto y, por ende, en violación de la ley sustancial.* Sentencia del 24 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario promovido por Jaime Libardo Rosales frente a Néstor Benavides Moreano y Aura Flórez de Benavides. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *So pretexto de economía procesal no puede sacrificarse la juridicidad del trámite. El proceso de separación iniciado como contencioso y desistido por los apoderados no debe convertirse en verbal a solicitud de éstos, pues ello implica utilizar poderes legalmente conferidos para un proceso en otro distinto y trasladar pruebas de un proceso concluido a otro sin hacer siquiera mención del traslado. El proceso no es la suma de folios que forman el expediente, sino la serie de actos jurídicos encabezados por la demanda.*

El cónyuge que apela debe tener además de interés jurídico, facultad de ejercitar el jus postulandi. Auto

del 27 de septiembre de 1982. *Declárase inadmisible* el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Nelly Restrepo Echeverry de Marín y Gustavo Marín Panesso. Magistrado ponente: ...

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia del 27 de septiembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso instaurado por Rosalba García de Villegas contra Luis Eduardo Villegas Hernández. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

CAUCION PARA RECURRIR EN REVISION. *Sólo tiene por objeto garantizar adecuadamente los perjuicios que cause el recurso y las costas y multas que llegaren a imponerse y nada tiene que ver con el valor de los inmuebles objeto del proceso, cuya revisión se persigue.* Auto del 27 de septiembre de 1982.

FILIACION NATURAL. *Exceptio plurium constupratorum. La conducta sexual múltiple de la madre debe haber ocurrido durante la época en que se presume la concepción del hijo.* Sentencia del 27 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso instaurado por Tiberio o Toribio Hincapié contra María Ester Hincapié de Ospina y Héctor de Jesús Ospina Hincapié. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El cónyuge que abandona el hogar y se desliga por completo de las obligaciones que su calidad de tal le impone, es reo de grave e injustificado incumplimiento de sus deberes.* Sentencia del 27 de septiembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso instaurado por María Inés Velásquez de Gil contra Rigoberto Gil Monsalve. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El decreto de separación no busca terminar sino sólo suspender la vida en común. El abandono grave e injustificado puede demostrarse con la concurrencia de varios indicios.* Sentencia del 27 de septiembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso instaurado por Efraín Díaz contra Nohelia Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

MUTUO COMERCIAL. *El mutuario, por ministerio de la ley debe pagar al mutuante intereses legales comerciales; a menos que exista pacto expreso en contrario. Diferentes especies de intereses: convencionales y legales; remuneratorios y moratorios. Intereses de inte-*

reses. Sentencia del 29 de septiembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso instaurado por William Salleg Sofán contra Bernardo Vega Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

XEQUATUR. *El Derecho Colombiano, en lo tocante a la ejecución de decisiones extranjeras, acoge el sistema de la reciprocidad diplomática combinado con el de la reciprocidad legislativa.*

Uno de los requisitos para que el laudo extranjero surta efectos en el país es el de la debida citación y contradicción del demandado. Sentencia del 29 de septiembre de 1982. *No concede el exequátur* al laudo final de fecha 9 de octubre de 1975, dictado en Londres por el árbitro único Donal Davies. Demandante entidad Mionutsi Shipping Limited contra Federación Nacional de Algodoneros de Colombia. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Causal de revisión fundada en la falta de citación o emplazamiento.* Sentencia del 29 de septiembre de 1982. Resuelve: *Inhibirse* para decidir de fondo el recurso interpuesto por José Manuel, David Antonio y Esmeralda Isabel Castellar Lora contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso de pertenencia adelantado por Fernando Badillo contra Carmen Rosa Rodríguez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESCISORIA. *Interrupción de la prescripción por la presentación de la demanda. Requisitos.* Sentencia del 30 de septiembre de 1982. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso adelantado por Rafael Antonio Jiménez Espitia contra Edilberto Caro Pérez. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS. *Requisitos para que la separación de hecho constituya grave e injustificado incumplimiento de los deberes de marido o de esposa y de padre o de madre.* Sentencia del 4 de octubre de 1982. *Confirma* en todas sus partes la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso instaurado por Sergio Enrique Pérez Gutiérrez contra María Consuelo García Valdivieso de Pérez. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS. *Aunque la demandante manifieste estar en capacidad de sufragar sus gastos, no quiere decir que en un futuro no reclame, si se reúnen los requisitos de ley para que su cónyuge se los suministre.* Sentencia del 4 de octubre de 1982. *Confirma* los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º

y *revoca* el 5º de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso instaurado por María Myriam Marín de Vélez contra su cónyuge Arturo Vélez. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS. *Rechazo de la prueba por impertinente.* Auto del 4 de octubre de 1982, en el cual se concluye que el recurso de súplica está llamado al fracaso. Banco Cafetero contra Félix Salazar. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

NULIDAD DE LA VENTA DE UN BIEN SOCIAL. *Aunque el poder general conferido por uno de los socios al otro no se otorgó por escritura pública no es nula la venta. El socio vendedor actuó como agente oficioso.* Sentencia del 4 de octubre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso adelantado por Julio César Téllez Avila, en su propio nombre y como socio de la sociedad "Téllez Avila Hermanos Limitada" frente a Humberto Escorco y Andrés Téllez Avila. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

FILIACIÓN NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo. Error de hecho evidente y trascendente en la estimación de la prueba testimonial.* Sentencia del 4 de octubre de 1982. *Casa* la sentencia impugnada y actuando en instancia confirma la proferida por el Juzgado Segundo del Circuito de Málaga, en este proceso adelantado por Pablo Roza frente a los herederos reconocidos de Gabriel Lozano Lozano: María Hortensia Vargas viuda de Lozano; María Luciana o María Luisa, Jacinto Antonio; Vitervina y Carlos Lozano Meza; Lorenzo Antonio y Pablo Emilio Lozano Lozano. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

FILIACIÓN NATURAL. *Los distintos conceptos de violación de una norma sustancial se excluyen entre sí. De manera que constituye grave error de técnica señalar todos ellos como concurrente en el quebranto de dicha norma.* Sentencia del 5 de octubre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, dentro del ordinario adelantado por el menor adulto Armando Munévar frente a Rosa Inés Vargas viuda de Vargas, heredera de Carlos Alberto Vargas Aguirre, en su carácter de cónyuge sobreviviente. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RECURSO DE QUEJA. *No procede contra el auto que declara desierto el recurso de casación, pues el supuesto de la denegación del recurso extraordinario no existe.* Auto del 8 de octubre de 1982, en el cual la Corte se declara inhibida para conocer del recurso de queja en referencia. Partes: Margina Zárate Cabareas con-

tra Ana Carmela Marimón de Susa. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las audiencias de conciliación presididas únicamente por el Magistrado ponente no son nulas. La irregularidad carece de relevancia.* Auto del 8 de octubre de 1982. La Corte resuelve *confirmar* en todas sus partes el auto impugnado. Partes: Hugo Roberto Lozano contra Adelaida Villanueva de Lozano. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

TECNICA DE CASACION. *Asentado el fallo del Tribunal en dos soportes: falta del presupuesto procesal demandado en forma e indebida acumulación de pretensiones; ambos han debido atacarse en el mismo cargo.* Sentencia del 11 de octubre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del ordinario adelantado por Arturo Ayala González frente a Transportes Ariari Limitada. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de sus deberes de madre y consorte por parte de la demandada.* Sentencia del 13 de octubre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso adelantado por Oscar Montes Cobo frente a Elizabeth Ampudia. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono total de la esposa y del hijo por parte del demandado.* Sentencia del 14 de octubre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso adelantado por Cecilia Hernández de González contra Arcesio González Banderas. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

FILIACION NATURAL. *La conclusión a que llegue el fallador respecto al caudal probatorio, sólo puede desvirtuarse en casación probando la contraevidencia en que incurrió al valorarlo.*

Errores de técnica en la formulación del recurso. Sentencia del 14 de octubre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso adelantado por Miguel Sarmiento y la menor Aura Leonor Ramírez, representada por su madre Aura Sarmiento de Ramírez contra los menores Saúl Alberto, Helga Elizabeth y Nohora Díaz Behr, a Hernando y Cristian Díaz Silva, Rosa Elvira Díaz Serrano, Marlene Díaz Osorio, Mercedes Díaz de Lamo y Judith Santos, como herederos de Saúl Díaz Sarmiento. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

PRUEBA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO. *La fotocopia de un documento privado no autenticada por notario o juez ni autorizada, por alguno de los funcionarios a que se refiere el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil carece de mérito probatorio.* Sentencia del 14 de octubre de 1982. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso de Clemencia Muñoz de Medina contra la sociedad Finca S. A. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

REFORMATORIO IN PEJUS. *Como la parte actora se conformó con la decisión del Tribunal, aunque la sentencia fue casada y las pruebas decretadas por la Corte establecen los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria que el fallador de primera instancia echó de menos para la prosperidad de la acción, la sentencia debe ser inhibitoria, en el mismo sentido en que la pronunció el Tribunal, pues de lo contrario se desmejoraría la situación del demandado, a quien afecta menos la decisión inhibitoria que el despacho favorable de las súplicas del demandante.* Sentencia del 18 de octubre de 1982. *Revoca* la proferida por el Juez Civil del Circuito de Ipiales y en su lugar se declara inhibitoria para resolver en el fondo este proceso ordinario promovido por el Cabildo de Indígenas de Ipiales contra Jaime Eduardo Ortega. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

(Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén*).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El conyuge que sin motivo se ausenta del hogar quebranta uno de los deberes esenciales para el normal desenvolvimiento de la vida conyugal.* Sentencia del 19 de octubre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso adelantado por Leonor Romero de Hernández contra Manuel María Hernández. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Si la parte que corre con la carga de la prueba se desinteresa de ella, la decisión es adversa a sus pretensiones.* Sentencia del 25 de octubre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso instaurado por Armando Villa Arango contra Ligia Correa Mejía. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

TECNICA DE CASACION. *Si la sentencia se apoya en apreciaciones referentes a un número plural de pruebas que le sirven de base sólida al fallo, el recurrente debe combatir integralmente dichas apreciaciones.* Sentencia del 25 de octubre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso instaurado por Jorge Ricardo Ramos

frente a María Edelmira Martínez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén*.

RECURSO DE APELACION. *No procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores, ni puede confundirse con el de casación.* Auto del 25 de octubre de 1982, que declara bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso que contra José Vicente Lozano Bárcenas adelantó Alejandro Sánchez Guarnizo. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La mera ausencia de una persona no la releva del cumplimiento de sus obligaciones.* Sentencia del 26 de octubre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Elsa Gladys Dávila de Aristizábal contra Germán Aristizábal Acosta. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

TECNICA DE CASACION. *Si algunas de las razones dadas por el sentenciador en la providencia no es objeto de ataque, la Corte no puede oficiosamente cuestionarla, en cuyo caso la sentencia permanece incólume.* Sentencia del 26 de octubre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Luis Ernesto Portela contra Guillermo León Vanegas y Lucía Guzmán de Vanegas. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

MATRIMONIO CATOLICO DE COLOMBIANOS O DE COLOMBIANO Y EXTRANJERO, CELEBRADO EN EL EXTERIOR. *No queda cobijado por el artículo 12 de la Ley 57 de 1887 ni por el VII del Concordato de 1973, sino en el evento de que en el país donde se administró el sacramento tenga, como en Colombia, connotación jurídica. No teniéndola, ni los Tribunales en primera instancia, ni la Corte Suprema de Justicia en segunda son competentes para conocer de la eventual separación de cuerpos, pues la competencia para conocer de la separación de cuerpos de matrimonio canónico otorgada por el Concordato se refiere exclusivamente a los matrimonios celebrados en el país y no en cualquier lugar del mundo.* Auto del 27 de octubre de 1982, en el cual la Corte declara *inadmisible* la consulta ordenada en el presente proceso y declara la nulidad de todo lo actuado por incompetencia del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte para conocer del proceso de separación de cuerpos de matrimonio sacramental, celebrado en los Estados Unidos entre Germán Alberto Carriazo y Lilián Pedrozo. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento de la demandada de manera grave e injusti-*

ficada de sus deberes de esposa y de madre. Sentencia del 27 de octubre de 1982. *Confirma* la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso adelantado por Arturo Yepes Castaño contra Olga Restrepo Pérez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ausencia total de pruebas de las causales invocadas.* Sentencia del 27 de octubre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Daniel Nivia Mendoza contra Edilma Corredor Franco. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE CASACION. *El concepto de la violación es uno de los requisitos formales cuya omisión hace inadmisibile la demanda.* Auto del 28 de octubre de 1982, en el cual se declara *desierto* el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso adelantado por Esther González Stand contra Maderas, Agricultura y Urbanizaciones Limitada. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Aunque en la sentencia no se ordene enviar copia del fallo a los funcionarios del Registro Civil, tal labor deberá hacerse de oficio.* Sentencia del 28 de octubre de 1982. *Confirma* en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Martha Lucía Stella Sánchez contra Juan Manuel Mojica. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Del contrato de promesa celebrado por las partes que produjo consecuencias, tales como el pago de una parte del precio y la entrega de la cosa al prometiende comprador no puede predicarse su inexistencia.* Sentencia del 29 de octubre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso adelantado por María Esther González de Puentes contra Erasmo Cabrera. Magistrado ponente: doctor *José María Esquerro Samper*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. *Los perjuicios materiales comprenden la colaboración económica que los demandantes dejaron de recibir para cuya tasación deberá tenerse en cuenta la vida probable de quienes se beneficiaban con ella y no de quien brindaba la colaboración pecuniaria.* Sentencia del 29 de octubre de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso instaurado por Efraín Cely Vargas y Ana Mercedes Torres de Cely, contra la sociedad "Germán Morales e Hijos - Organización Hotelera Limitada".

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *La demanda con que se formula debe contener todos los requisitos de forma que expresamente señala la ley procedimental. Entre ellos, señalar el nombre y domicilio de todas las personas que fueron parte en el litigio, pues se trata, por imperativo legal, de un litis consorcio necesario.* Auto del 2 de noviembre de 1982, mediante el cual la Corte decide no admitir el recurso formulado por Javier Sánchez Castillo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el proceso de pertenencia adelantado por Nimia o Niminia Sánchez Castillo contra Javier Sánchez Castillo, María Juliana Castillo de Sánchez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

TECNICA DE CASACION. *Proposición jurídica completa. Interpretación de la demanda. El fallador no se mueve con entera libertad en punto a determinar el sentido de la demanda hasta poder corregir equivocaciones de fondo o resolver súplicas no propuestas o estructurar hechos no referidos.* Sentencia del 4 de noviembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por José Emilio Gamboa Hernández y Carmen Otilia Domínguez de Gamboa contra la sociedad Construcciones Tequendama Limitada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

HONORARIOS DE LOS PERITOS. *Su no pago por la parte que solicitó la práctica del experticio no es óbice para que el Tribunal conceda el recurso de casación, pero sí para darle curso a la demanda, acto que difiere de la simple interposición del recurso.* Auto del 4 de noviembre de 1982, en el cual la Corte resuelve inadmitir la demanda formulada por la parte recurrente y declara desierto el recurso extraordinario. Partes: Mariela Bernal de Quintero contra Heliodoro y Fernando Bernal Londoño y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

COPIAS. *Si contienen la relación de los elementos decomisados que forman parte del proceso, es innecesario solicitar el envío de éstos.* Auto del 4 de noviembre de 1982, en el cual la Corte resuelve rechazar la solicitud de envío de los elementos. Partes: Electrónicas Corona contra Locería Colombiana S. A. e Inversiones Chesa Limitada. Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACLARACION DE LA SENTENCIA. *El término probatorio señalado oficiosamente por la Corte al casar la sentencia es de 10 días.* Auto del 4 de noviembre de

1982, con el cual la Corte, en Sala de Casación Civil, aclara el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia del 23 de septiembre de este año, en el sentido indicado en la parte motiva de este proveído. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

EXPEDICION DE COPIAS PARA EL CUMPLIMIENTO PROVISIONAL DE LA SENTENCIA. *Para que deba cumplirse la carga procesal impuesta al recurrente en casación por el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, so pena de que se declare desierto el recurso, es menester que el fallo impugnado sea susceptible de ejecución.* Auto del 4 de noviembre de 1982, en el cual la Corte resuelve conceder el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 20 de enero de este año, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el proceso ordinario adelantado por la Sociedad Coquera Limitada contra el Municipio de Santa Marta. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

INDEMNIZACION POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. *La responsabilidad de la parte demandada no emana del incumplimiento del contrato de seguros que debió formalizarse oportunamente, sino de su incuria reprochable en el otorgamiento de la póliza.* Sentencia del 9 de noviembre de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso instaurado por María Josefa Arteaga de Camargo contra Gran Colombiana Corporación Financiera S. A. Gran Financiera y la Aseguradora Grancolombiana de Vida S. A. Magistrado ponente: doctor ...

(Con salvamento de voto de los Magistrados, doctores *Humberto Murcia Ballén* y *Jorge Salcedo Segura*).

EXEQUATUR. *La sentencia cuyo exequátur se solicita no se halla ejecutoriada o, por lo menos, no existe constancia de su ejecutoria, lo cual origina el rechazo de la demanda.* Auto del 9 de noviembre de 1982, mediante el cual la Corte, rechaza la demanda de exequátur solicitada por Lucy Guzmán Reyes, vecina de Indianápolis, Estado de Indiana (E.E.U.U.), a la sentencia proferida el 21 de febrero de 1975, por el Tribunal Superior del Condado de Marión, dentro del proceso S 474 - 879 que declaró disuelto el matrimonio entre la peticionaria y Humberto Hernández. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

(Con salvamento de voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén*).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo.* Sentencia del 10 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso adelantado por Nelly Cecilia Pardo de Camargo contra Alirio Camargo Var-

gas. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *En grado de consulta no puede hacerse más gravosa la situación de la demandada.* Sentencia del 10 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Eliécer Aragón Sanabria contra Silvia del Socorro López de Aragón. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Cuando el demandante no alcanza a demostrar los cargos que le impetra al demandado, la declaración no puede hacerse aunque el juzgador la encuentre conveniente.* Sentencia del 12 de noviembre de 1982. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso adelantado por Antonio Severiche frente a María Alejandra Mendoza. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

ABANDONO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE LA ESPOSA. *En tanto persista el estado de abandono el inculpaado está incurriendo en el quebranto de la causal y el término de caducidad no empieza a correr.* Sentencia del 12 de noviembre de 1982. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en este proceso adelantado por Armando Luis Ponce Granados frente a Emelvita Llanes de Ponce. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ignorándose la gravedad e injusticia de las ofensas alegadas, y la fecha en que pudieron originarse la separación no puede ser decretada.* Sentencia del 12 de noviembre de 1982. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en este proceso adelantado por Manuel Esteban Malambo Avilez contra María del Carmen Cimancas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de los más elementales deberes impuestos por el matrimonio.* Sentencia del 12 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso adelantado por Luz Stella García de Jaramillo contra Jeiler Jaramillo Saravia. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia del 12 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Mercedes Rojas de Beltrán contra Luis María Beltrán Duarte. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La fotocopia del denuncia penal, por sí sola, no constituye prueba de la causal de malos tratos invocada por la demandante.* Sentencia del 12 de noviembre de 1982. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Fabiola González de Castro contra Marco Hugo Castro. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del demandado del hogar conyugal, sin causa que lo justifique.* Sentencia del 12 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en este proceso adelantado por Stella Velaseo Arboleda contra Fernando Llanos Bejarano. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

PRUEBA DE LA DEMENCIA. *El dictamen pericial no es la única probanza para llevar al convencimiento del juzgador que una persona padecía demencia al momento de contratar, aunque sí es indispensable en los procesos de interdicción judicial porque la ley expresamente lo exige.* Sentencia del 15 de noviembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en este proceso adelantado por Eugenio Bohórquez o Gómez contra Blanca Aurora Gómez y otros. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El incumplimiento de uno de los deberes ya en su condición de cónyuge, ora en su calidad de padre o de madre le abre paso al buen suceso de la pretensión de separación.* Sentencia del 19 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por José Hernando Silva Peña contra Ana Dina Puerto. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ausencia de la demandada del hogar sin causa que la justifique.* Sentencia del 19 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso adelantado por Carlos Alberto Cano Arango contra María Luciola Calle Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACLARACION DE LA SENTENCIA. *No puede utilizarse para replantear el litigio o para que se analicen y expliquen situaciones ya definidas en el fallo.* Auto del 19 de noviembre de 1982, en el cual la Corte resuelve denegar la aclaración de la sentencia de 9 de septiembre de 1981, proferida por la Corte, en el proceso ordinario de Rosa María Campo de Calero contra la sociedad Predios y Ganados Limitada "Pregana-dos".

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No puede decretarse ante la carencia absoluta de pruebas.* Sentencia del 19 de noviembre de 1982. *Confirma* en todas sus partes la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso adelantado por Sonia Rojas de García contra Alfredo García González. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Al reivindicador no le basta aportar títulos, sino que los que presente desvirtúan la presunción de dominio que ampara al poseedor, por ser anteriores a la posesión o a los títulos que éste aduzca en su defensa.* Sentencia del 19 de noviembre de 1982. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por María de Jesús Ramírez Tavera contra Jaime Nolasco Tavera. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

CUOTA ALIMENTARIA. *No hay lugar a rebajarla cuando guarda proporción con las entradas del padre y cuando éste ha solicitado en la demanda que se fije en cabeza suya la obligación por carecer la madre de recursos.* Sentencia del 22 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso adelantado por Iván Alfonso Pérez Escobar contra Clementina del Socorro Lotero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Aunque se invocan tres causales distintas, ninguna de ellas pudo ser demostrada.* Sentencia del 22 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso adelantado por Guillermo Posada Castaño contra Olin-da Rodríguez Franco. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

INCONGRUENCIA. *Las consecuencias necesarias y obvias de la rescisión por lesión enorme no es menester deprecarlas en la demanda; es deber del fallador pronunciarse sin que por ello incurra en incongruencia.* Sentencia del 23 de noviembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario de Arnolda Zuleta contra Marleny y Rosa María Gómez Hoyos. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El matrimonio es coparticipación de vida y amor entre los cónyuges y no está al libre albedrío de uno o de ambos modificar las obligaciones que nacen de la vida matrimonial.* Sentencia del 23 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por María Consuelo Salazar de Moncada contra

Adaulfo Moncada Andrade. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de sus deberes de socorro y asistencia, cohabitación y fidelidad para con la demandante.* Sentencia del 23 de noviembre de 1982. *Confirma* el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso adelantado por Libia Eugenia Montoya de Sánchez frente a Carlos Alberto Sánchez Cardona. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SALVAMENTO DE VOTO. *Aunque el recurrente no exprese el número de la causal invocada, si por medio de otras frases o palabras da a entender claramente a cuál de ellas se refiere, el recurso no puede declararse desierto.* Noviembre 23 de 1982. Magistrado ponente: doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono de la demandada de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia del 23 de noviembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Silvino Chau Sierra contra Carmenza Campos. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

ACCION RESOLUTORIA. *La tienen las partes que celebran un contrato bilateral con absoluta independencia del derecho de dominio que ejerzan o no sobre la cosa objeto de dicho contrato. Empero para que pueda declararse la resolución de un contrato es requisito sine qua non que la existencia de éste esté plenamente probada.* Sentencia del 24 de noviembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso adelantado por José Hernán Valencia Salazar contra Antonio Posada González. Magistrado ponente: doctor *José María Es-guerra Samper*.

Salvamento de voto del Magistrado doctor *Humberto Murcia Ballén*. Si en el despacho del primer cargo se reconoce que el demandante ostenta la categoría de contratante y como tal está legitimado para deprecar la resolución de la permuta, no puede decirse, en el segundo, que ésta no ha sido demostrada ni concluir la Sala que debe inhibirse a estudiar el contenido de las pruebas preteridas, a juicio suyo.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. *Cómo se prueba. Valor probatorio de la fotocopia no autenticada. Obligación del arrendador de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada, so pena de indemnizarle los perjuicios que sufra. Aunque en el libelo se hubiese enfocado la acción en el campo del abuso del derecho bien puede interpretarse la demanda en el sentido de que el actor reclamaba la indemnización correspondiente a la pertur-*

hación en el goce de la cosa arrendada por parte del arrendador demandado. Sentencia del 24 de noviembre de 1982. Casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Orlando Betancur B. contra Luis H. Carvajal Zuluaga. Magistrado ponente: doctor José María Esquerro Samper.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Los hechos de la demanda no pueden probarse con sólo testimonios de oídas. Sentencia del 25 de noviembre de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Julio César Triana contra María Antonia Leal de Triana. Magistrado ponente: doctor José María Esquerro Samper.*

INADMISION DE LA DEMANDA DE CASACION. *Unos mismos hechos no pueden servir como causa para pedir la revisión por más de una causal y en estas circunstancias la Corte se abstiene de señalar caución al revisionista a sabiendas de que posteriormente tendría que desestimar el libelo. Auto del 26 de noviembre de 1982, en el cual la Corte se abstiene de señalar la caución y en su lugar se inadmite la demanda. Partes: María Santos Moscoso de Cristancho contra Marcos Cristancho Cuadrado. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura.*

EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO. *Cualquier defecto en el emplazamiento consistente en la falta de observancia de una de las exigencias de la ley, lo hace ineficaz. Sentencia del 29 de noviembre de 1982. Revoca la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso instaurado por Aminta Monroy de Avila contra Luis Alberto Avila. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura.*

TECNICA DE CASACION. *La interpretación equivocada de la demanda constituye yerro fáctico atacable en casación por la vía indirecta, no por la directa como lo hizo el recurrente. Sentencia del 1º de diciembre de 1982. No casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este proceso ordinario de José Manuel Guzmán contra Severo Charro Ulloa y María Eulalia Romero. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura.*

CARGAS PROCESALES. *No se extinguen ni disminuyen cuando el recurso extraordinario lo concede la Corte en virtud del recurso de queja. Y si ésta no advirtió que el recurrente había incumplido la de pagar los honorarios de los peritos y admitió la demanda de casación, debe corregir el error en el momento en que lo advierte declarando desierto el recurso. Auto del 1º de diciembre de 1982. La Corte revoca de oficio el auto calificadorio de la demanda, en este proceso instaurado por Armando Torres H. contra el Municipio*

de Istmina, adelantado en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó. Magistrado ponente: doctor Jorge Salcedo Segura.

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores: Alberto Ospina Botero y Humberto Murcia.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de padre y de esposo. Sentencia del 1º de diciembre de 1982. Confirma la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso suscitado por Rosalba Sarrázola contra Alcibíades García. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Injustificado y grave incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y padre. Sentencia del 2 de diciembre de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Nohora Díaz Garzón contra Orlando Pavajeau Durán. Magistrado ponente: doctor José María Esquerro Samper.*

LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. *No puede intentarse a continuación de la sentencia de separación de cuerpos dictada por el Tribunal con la cual se agota la competencia de éste. Las normas sobre competencia deben interpretarse con criterio restrictivo por ser de orden público. Auto del 6 de diciembre de 1982, en el cual la Corte resuelve confirmar el auto apelado proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso adelantado por Nelsy Olaya de Cuestas contra Víctor Manuel Cuestas. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Embriaguez habitual del demandado probada mediante testimonios. Sentencia del 6 de diciembre de 1982. Confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Clara Campuzano Restrepo contra Emilio Díaz de la Lama. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Absolución del demandado por falta absoluta de prueba de las causales alegadas. Sentencia de diciembre 6 de 1982. Revoca la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Rosalba García de Camargo contra Omar Manuel Camargo. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.*

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Exceptio non adimpleti contractus. Propósito tácito de rescindir la Convención.*

ERROR DE HECHO. *Es de hecho y no de derecho el error que comete el Tribunal cuando dé por acreditado un hecho con base en pruebas que no lo demuestran como si califica de evasivas respuestas que no lo son.* Sentencia del 7 de diciembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en este proceso ordinario promovido por Inés Giraldo de Casas contra Ana Isabel Duarte de Rojas, Jorge Rojas Aguirre y otros. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Prueba de confesión.* Sentencia del 9 de diciembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por María Eloísa Pérez de Daza contra Oliverio Daza Sánchez. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El menosprecio de los deberes que las nupcias imponen constituye causal de separación.* Sentencia del 10 de diciembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso adelantado por Zeineff Patricia Medina contra Luis Enrique Lasso. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento grave e injusto de los deberes de esposo y padre del demandado.* Sentencia del 10 de diciembre de 1982. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso adelantado por Teresa Beatriz Eugenia Gómez contra Luis Guillermo Hernández. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

DERECHO DE DEFENSA. *No se viola cuando el recurrente tuvo oportunidad tanto en la primera como en la segunda instancia de exponer sus puntos de vista.* Sentencia del 10 de diciembre de 1982. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso promovido por Carmen Silvia de Marroquín contra Fernando Salazar Moreno. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*.

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores *Alberto Ospina Botero y Humberto Murcia Ballén*.

El recurso de casación era inadmisibile por versar sobre un auto, tal como los disidentes lo expusieron al estudiar la Corte la admisibilidad de la demanda de casación.

RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA POR NO PAGO DEL PRECIO. *La declaracion contenida en escritura pública de haberse pagado el precio admite prueba en contrario entre las partes contratantes.* La acción resolutoria no tiene cabida si se ha intentado ya

la de cumplimiento en proceso ejecutivo para el pago de títulos valores, con los cuales se cubrió el precio. Sentencia del 10 de diciembre de 1982. *No casa* la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario de Jaime Colmenares contra Jasson Osorio. Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper*. Salvamento de voto del Magistrado *Jorge Salcedo Segura*.

La acción resolutoria a la luz del artículo 1934 del Código Civil.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono total del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia del 13 de diciembre de 1982. *Confirma* la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso de Beatriz Guzmán de Gallón contra Luis Enrique Gallón. Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

INTERES PARA RECURRIR EN CASACION. *Las personas emplazadas que comparecen al proceso después de los 10 días de surtido el emplazamiento, lo toman en el estado en que lo encuentran, pero ello no significa que no puedan desarrollar ya actividad alguna en favor de sus intereses y, por consiguiente, estando abierta la oportunidad de impugnar el fallo tienen la facultad de recurrirlo en casación.* Auto del 14 de diciembre de 1982, en el cual la Corte *deniega* el recurso de reposición a que se ha hecho mérito. Demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de Chocontá, adelantada por Alfonso y Adelia Moncada frente a los herederos indeterminados de Calixto Moncada. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

FILIACION NATURAL. *Análisis de la prueba testimonial. Prueba antropo-heredobiológica. Así como las partes pueden acordar que la prueba pericial se realice por un solo perito, de la misma manera puede llevarse a cabo por uno solo cuando es decretada de oficio.* Sentencia del 18 de diciembre de 1982. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el proceso adelantado por Cecilia Castillo de Lamilla frente a los herederos de Flavio Cabrera Dussán. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

Salvamento de voto del Magistrado doctor *Humberto Murcia Ballén*.

Uno de los factores que con mayor fuerza mina la imparcialidad del testigo es su parentesco con uno de los litigantes: entre más cercano, más sospechosa la declaración. De ahí que resulte en extremo peligroso acatar la declaración de la propia madre de quien demanda la paternidad.

El régimen de la prueba pericial en materia civil se halla estructurado sobre la base de la pluralidad de peritos.



EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
OBRA, EN ABRIL DE 1986.