

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

*"Saber las Leyes non es tan solamente en aprender et decorar
las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".*
(Siete Partidas: Partida 1ª. Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

TOMO CLXXII
PRIMERA PARTE



SALA CASACION CIVIL
NUMERO 2411

Bogotá, Colombia. Enero a Diciembre de 1983.

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXII

PRIMERA PARTE

SALA DE CASACION CIVIL

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

1983

SALA PLENA

Doctor *José Eduardo Gnecco Correa*, Presidente
Doctor *Fabio Calderón Botero*, Vicepresidente
Doctor *Rafael Reyes Negrelli*, Secretario General

SALA CIVIL

Doctor *Jorge Salcedo Segura*, Presidente
Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*, Vicepresidente
Doctor *Rafael Reyes Negrelli*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga - Horacio Montoya Gil
Héctor Gómez Uribe
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Jorge Salcedo Segura

SALA PENAL

Doctor *Alfonso Reyes Echandía*, Presidente
Doctor *Lucas Quevedo Díaz*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

Luis Enrique Aldana Rozo
Fabio Calderón Botero
Dante L. Fiorillo Porras
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Alfonso Reyes Echandía
Pedro Elías Serrano Abadía
Dario Velásquez Gaviria

SALA LABORAL

Doctor *Manuel Enrique Daza Alvarez*, Presidente
Doctora *Bertha Salazar Velasco*, Secretaria

MAGISTRADOS: Doctores

Jerónimo Argáez Castello
César Ayerbe Cháuz - Ismael Coral Guerrero
Manuel Enrique Daza Alvarez
José Eduardo Gnecco Correa
Juan Hernández Sáenz
Fernando Uribe Restrepo

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor *Ricardo Medina Moyano*, Presidente
Doctor *Pablo Mariño Angel*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

Manuel Gaona Cruz
Carlos Medellín Forero
Ricardo Medina Moyano
Luis Carlos Sáchica

RELATORES: Doctores

Amelia Barrera de Gáfaró
Helda Charry de Valencia
Esperanza I. Márquez Ortiz
Miguel A. Roa Castelblanco

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

| | |
|------------------------------|---------------------------------|
| RELATOR SALA CIVIL: | DRA. AMELIA BARRERA DE GAFARO |
| RELATOR SALA PENAL: | DRA. HELDA CHARRY DE VALENCIA |
| RELATOR SALA LABORAL: | DRA. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ |
| RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: | DR. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO |

Tomo CLXXII - Bogotá, D. E., - Colombia - Enero a Diciembre de 1983 - Número 2411

SALA DE CASACION CIVIL

REVISION

Sólo puede ejercitarse una sola vez sobre la misma sentencia. Definida negativamente la revisión de un fallo, éste se torna inmutable e irreversible. Los efectos de la preclusión por consumación son aplicables a este recurso extraordinario como a los otros medios de impugnación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., enero dieciocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Procede hoy la Corte a decidir si la anterior demanda, mediante la cual *Alveiro Masso Correa* interpone el recurso extra-

ordinario de *revisión* contra la sentencia de 23 de febrero de 1981, proferida por la Corte Suprema de Justicia, es o no admisible.

Antecedentes

1. Mediante la sentencia hoy recurrida extraordinariamente la Sala de Casación

Civil de la Corte Suprema, después de haber casado el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali en el proceso ordinario instaurado por *Rosa María Campo de Calero* en frente de la *Sociedad "Predios y Ganados Limitada, Pregonados"*, decretó la rescisión de la compraventa contenida en la Escritura Pública número 2.965 de 8 de julio de 1974, otorgada en esa fecha en la Notaría 4ª de esa ciudad y registrada allí el 9 siguiente.

En esa sentencia dijo la Corte, además, que dicho fallo afectaba a *Alvaro Echavarría Olarte* y *Alveiro Masso Correa*, quienes habían comprado posteriormente el mismo inmueble a "Pregonados", según Escritura Pública número 225 de 28 de enero de 1975, otorgada en la Notaría 2ª de Cali e inscrita en el registro de allí.

2. Una vez que la sentencia de la Corte adquirió firmeza, el citado *Alvaro Echavarría Olarte*, mediante demanda presentada el 24 de abril de 1982, interpuso contra ella el recurso de revisión para que, por esta vía, la Corte decretase la nulidad de dicho fallo y de todo lo actuado en el proceso ordinario en que él se emitió, "por no haberse citado al litisconsorte necesario *Alvaro Echavarría Olarte*".

Dijo entonces ese recurrente que la Corte, al disponer que su sentencia afectaba a los compradores *Echavarría Olarte* y *Alveiro Masso Correa*, según lo dispuesto por los artículos 332 y 690 del Código de Procedimiento Civil, reconoció a éstos "su carácter de litisconsortes necesarios de *Predios y Ganados Limitada*, según el artículo 83, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil, y como tales debió citárseles al proceso, siguiendo los ordenamientos del inciso segundo de la norma citada"; que como no se los citó al proceso, tal informalidad trajo "como consecuencia que dicho fallo sea nulo al tenor del artículo 152, numeral 9º del Código de Procedimiento Civil, por no haberse citado a los litisconsortes necesarios de la demandada, señores *Alvaro Echavarría Olarte* y *Alveiro Masso Correa*, como lo dispone el artículo 83 del mismo Código"; y que el litisconsorcio necesario referido, "que se formó con posterioridad a la presentación de la demanda pero con anterioridad a la

notificación de ésta, o momento en que se inició la relación procesal, configuró uno de los casos en los cuales el juez debió ordenar oficiosamente, con posterioridad a la admisión de la demanda y en cualquier momento antes de pronunciar la sentencia de primera instancia, la citación de las personas necesarias para la integración del contradictorio, siguiendo los dictados del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil".

O sea, que amparado en tales fundamentos de hecho e invocando la causal 7ª del artículo 380 de la codificación en cita, dicho recurrente solicitó entonces la nulidad de la sentencia de la Corte Suprema y de todo el proceso en que ella se proferió, "al tenor del artículo 152, numeral 9º, del Código de Procedimiento Civil".

3. No alcanzó éxito esa acción revisoria, pues la Corte, en su sentencia de 9 de septiembre de 1982, declaró "infundado el recurso extraordinario interpuesto por *Alvaro Echavarría Olarte*..."; condenó a este recurrente en las costas y perjuicios causados con su acción; y, por último, dispuso devolver el expediente contentivo del proceso ordinario "al despacho de origen".

Para fundar su decisión desestimativa de la pretensión revisoria juzgada entonces, dijo la Corte que el allá recurrente, ni tampoco *Masso Correa*, fueran litisconsortes necesarios a quienes debía forzosamente citarse al proceso en que se dictó la sentencia recurrida. "En el caso sub-análisis, —expresa el fallo de 9 de septiembre pasado— ante el carácter autónomo de cada una de las relaciones jurídicas que se celebraron, puesto que una es la convención solemnizada entre *Rosa María Campo de Calero* y la *Sociedad Predios y Ganados Limitada 'Pregonados'*, de que da cuenta la Escritura Pública número 2.965 de 8 de julio de 1974 de la Notaría 4ª del Círculo de Cali y, otra es la relación contractual entre la *Sociedad Predios y Ganados Limitada* con *Alvaro Echavarría Olarte* y *Alveiro Masso Correa*, contenida en la Escritura Pública número 225 de 28 de enero de 1975 de la Notaría 2ª del Círculo de Cali, se tiene que la acción de lesión enorme que se hizo valer respecto del primer negocio, para poder decidirla,

no implicaba que los del segundo negocio debieran ser demandados como litisconsortes necesarios”.

4. Conocida que fue la inanidad de esta primera acción impugnativa instaurada por Echavarría Olarte contra la sentencia de 23 de febrero de 1981, proferida por la Corte Suprema para decidir el proceso ordinario seguido por Rosa María Campo de Calero contra la Sociedad Predios y Ganados Limitada “Preganados”, mediante escrito presentado el 25 de octubre de 1982 Alveiro Masso Correa impugna ese mismo fallo, persiguiendo que por la vía extraordinaria de la revisión la Corte lo declare nulo, “*junto con todo lo actuado en dicho proceso, al tenor del artículo 152, numeral noveno, del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la causal contemplada en el artículo 380, numeral séptimo, del mismo Código, por no haberse citado al litisconsorte necesario de la demandada, señor Alveiro Masso Correa*”.

Como fundamento de esta segunda pretensión impugnativa afirma el recurrente que la sentencia de la Corte Suprema, emitida el 23 de febrero de 1981, dispuso expresamente que afectaba a Echavarría Olarte y al mismo Masso Correa, “*al tenor del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, por haber adquirido sus derechos en la finca Britania después del registro que originó el proceso*”, que al decidir así la Sala no tuvo en cuenta que dichas dos personas adquirieron sus derechos “*en la finca con anterioridad de la notificación a Predios y Ganados Limitada de la demanda que originó el proceso*”; que en esas circunstancias la sobredicha sentencia de la Corte “*perjudica al tercero Alveiro Masso Correa, porque con base en ella Rosa María Campo de Calero puede pedir la cancelación del registro del título por el cual adquirió aquél sus derechos en la finca Britania*”; y que muy a pesar de que la demandante en el proceso ordinario tuvo conocimiento, desde la contestación de la demanda, “*de la existencia de un litisconsorte necesario de Predios y Ganados Limitada, cual es el señor Alveiro Masso Correa*”, jamás solicitó su citación al proceso que ella adelantó contra la sociedad Preganados.

Consideraciones

1º *Si bien es cierto que la revisión es una limitación a la cosa juzgada, para que la jurisdicción provea con eficacia a la certeza de los derechos ciudadanos, dando un valor fijo y constante a las pretensiones por ellos deducidas, es apenas lógico pensar que el recurso extraordinario y excepcional de la revisión sólo pueda ejercitarse por una sola vez. O sea, que surtida y definida negativamente la revisión de un fallo, este tiene que quedar, a partir de entonces, inmutable e irreversible; como también tiene que ser intangible y obligatorio el fallo que resuelve positivamente la revisión.*

Cuando la sentencia declara infundado el recurso de revisión, como aquí ha ocurrido, los efectos surgidos del fallo que fue objeto de dicha impugnación, así los de orden material como los meramente procesales, se tornan inatacables e inmodificables, sobre todo cuando se alega por la misma parte la misma causal ya invocada en pretérita ocasión, con fundamento en hechos idénticos a los que ya fueron objeto de decisión judicial. La res judicata pro veritate habetur tiene que venir entonces, de una parte, a impedir el pronunciamiento de fallos contradictorios; y de otra, a vedar el ingreso de la incertidumbre y de la inseguridad en las relaciones jurídicas discutidas y falladas con anterioridad.

2º *Si bien es verdad que expresamente la ley, con relación al recurso de revisión, no consagra esta especie de caducidad o consumación del acto procesal, que conduce por ende a la preclusión del ya ejercitado anteriormente, es sin embargo necesario aceptarla porque así lo exige la naturaleza de las cosas. Si la insatisfacción que la sentencia definitiva de una revisión produce en uno de los litigantes lo autorizara para formular luego otra demanda revisoria, y así sucesivamente hasta el infinito, los litigios se tornarían indefinibles y las relaciones jurídicas discutidas nunca saldrían de la incertidumbre.*

Ya desde el derecho Romano se expuso la tesis de que la parte a la que el bien de la vida le fue negado “no puede reclamarlo más; la parte a la que le fue reconoci-

do no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir de ésta ulteriores ataques a este derecho y a este goce" (Gali, *Instituciones I*, pág. 387).

3ª Como ocurre generalmente en relación con todos los medios de impugnación de las providencias judiciales, frente al recurso extraordinario y excepcional de la revisión tienen que aceptarse los efectos de la preclusión por consumación; es decir, que ejercitado el derecho anteriormente, la decisión correspondiente tiene que producir como consecuencia la clausura definitiva del proceso, impidiendo que la misma pretensión pueda ventilarse nuevamente.

De no ser así, en el proceso no podría jamás satisfacerse la necesidad política que reclama el orden jurídico de dar certeza a las relaciones materiales de los asociados y decidir definitivamente en torno a los efectos que de ellas emanan.

4ª Una ligera labor de parangón entre la demanda hoy propuesta por Alveiro Masso Correa y la que pretéritamente dedujo Alvaro Echavarría Olarte, que la Corte desestimó en su fallo de 9 de septiembre de 1982, conduce a manifestar, sin hesitación alguna, que hoy se ha empleado por segunda vez el mismo recurso extraordinario de revisión para impugnar la misma sentencia, invocando idéntica causal y con fundamento en los mismos supuestos de hecho.

O sea, que antes de presentarse por Masso Correa el recurso de revisión que él propone hoy con fundamento en la causal 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, porque no se lo citó al proceso, siendo litisconsorte necesario de la demanda, ya se había ejercitado, con apoyo en la misma causal y sobre idénticos hechos, la facultad impugnativa que hoy se aduce nuevamente ante la improsperidad de la primeramente instaurada por Alvaro Echavarría Olarte. Con la decisión tomada por la Corte en su fallo de 9 de septiembre de 1982, desestimativa de tal pretensión, la facultad hoy repetidamente ejercitada se consumó cabalmente; y, por lo mismo, el derecho respectivo

precluyó y no puede, sin desconocerse el carácter definitivo que según la ley corresponde a esa resolución, replantearse nuevamente la cuestión ya decidida.

Porque si bien el recurrente de esta demanda no es la misma persona que ejercitó el mismo recurso en oportunidad anterior, no puede olvidarse sin embargo que tanto a ésta como a aquél se refirió expresamente el fallo de la Corte, para decidir que ni el uno ni la otra es litisconsorte necesario de la sociedad demandada en el proceso ordinario. "... Ante el carácter autónomo de cada una de las relaciones jurídicas que se celebraron, —dijo entonces la Sala— puesto que una es la convención solemnizada entre Rosa María Campo y la Sociedad Predios y Ganados Limitada, de que da cuenta la Escritura número 2.965 de 8 de julio de 1974 de la Notaría 4ª del Círculo de Cali y, otra es la relación contractual celebrada entre la sociedad Predios y Ganados Limitada con Alvaro Echavarría Olarte y Alveiro Masso Correa, contenida en la Escritura número 225 de 28 de enero de 1975 de la Notaría 2ª del Círculo de Cali, se tiene que la acción de lesión enorme que se hizo valer respecto del primer negocio, para poder decidirla, no implicaba que los del segundo negocio debieran ser demandados como litis consortes necesarios".

5ª Así las cosas, y como el artículo 383, 3 del Código de Procedimiento Civil autoriza declarar inadmisibles la demanda de revisión, entre otros casos, "cuando verse sobre sentencia que no esté sujeta" a recurso de revisión, se impone actuar en consecuencia, tal cual lo hará la Corte en la parte dispositiva de este auto.

Por lo dicho,

Se resuelve:

1º Declárase inadmisibles la demanda mediante la cual Alveiro Masso Correa formula recurso de revisión contra la sentencia de 23 de febrero de 1981, proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario adelantado por Rosa María Campo de Calero contra la Sociedad "Predios y Ganados Limitada, Preganados"; y

2º Se reconoce al abogado Fernando Garzón Leongómez como apoderado judicial del recurrente, en los términos y para los fines en que se halla concebido el poder por éste conferido a aquél.

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

Humberto Murcia Ballén.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

COSA JUZGADA

No está vinculada exclusivamente a la sentencia sino también al auto interlocutorio que decide definitivamente una controversia. Identidades procesales que constituyen la cosa juzgada: de cosa pedida, de razón y de personas

PROCESO DIVISORIO

En el proceso divisorio la providencia que resuelve sobre oposición, excepciones o lo atinente a mejoras, aunque formalmente es un auto, por su contenido equivale a una sentencia y constituye expresión definitiva de la voluntad de la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., enero veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide la Corte el *recurso de casación* interpuesto por el demandante contra la sentencia del 22 de marzo de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso *ordinario* instaurado por *Jairo Díaz Hernández* en frente de *Bernardo Díaz Hernández*.

I

Antecedentes

1. Mediante la Escritura Pública número 2.115 de 11 de abril de 1960, otorgada en esa fecha en la Notaría Tercera de Medellín e inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de allí el 2 de mayo siguiente, Jairo y Bernardo Díaz Hernández adquirieron en común y proindiviso y por partes iguales, por compra que hicieron a Margarita y Julia Medina Cárdenas, el dominio del inmueble de 313,93 varas cuadradas, ubicado en la urbanización "Uribe Angel" de ese municipio y

comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el frente o Sur, con la Calle 57 C; por el Norte, con el lote número seis (6) de la urbanización; por el Oriente, con la carrera treinta y cinco (35); y por el Occidente, con predios de Jesús Mejía".

2. Posteriormente los adquirentes constituyeron gravámenes hipotecarios sobre este inmueble, así: a) Por Escritura número 3.995 de 12 de noviembre de 1968, otorgada en la Notaría 4ª de esa ciudad, a favor de Francisco Aristizábal Gómez para garantizarle el pago de la suma de \$ 80.000.00, que de él recibieron a título de mutuo con interés, gravamen cancelado en julio de 1971; y b) por Escritura número 3.068 de 14 de junio de 1971 de la misma Notaría, inscrita el mes siguiente, para garantizar a Eduardo Marín Marín el pago de la suma de \$ 170.000.00 que entonces recibieron de él a título de mutuo con interés, gravamen cancelado en abril de 1979.

En dichas dos escrituras los comparecientes hicieron constar, en la primera, que "adquirieron el inmueble que hipotecan, por haber levantado el edificio a sus expensas y con sus recursos propios; y el lote de terreno por compra..."; y en la

segunda, que el inmueble lo adquirieron por compra que hicieron a Margarita y Julia Medina Cárdenas, "y la edificación la hicieron a sus expensas".

3. Mediante escrito de 22 de marzo de 1974, que en repartimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, el sobredicho Bernardo Díaz Hernández demandó al mentado Jairo Díaz Hernández a efecto de que, previos los trámites señalados por los artículos 467 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decretase la división *ad valorem* del inmueble referido, cuyos linderos se han consignado, a efecto de que obtenida la venta en pública subasta del bien común se le entregue a cada uno de los dos comuneros "lo que le corresponde, aportando los conduños a prorrata los gastos del proceso".

4. Admitida que fue esta demanda, dentro del proceso a que ella dio lugar se presentaron las incidencias y se tomaron las decisiones que, por ser relevantes en la presente causa, importa concretar así:

a) Al contestar la correspondiente demanda, el allá demandado Jairo Díaz Hernández manifestó oponerse "rotundamente a las pretensiones del demandante, porque a mí se me tienen que reconocer los gastos que tuve en la construcción del edificio, como lo disponen los artículos 738 y 739 del Código Civil y lo dispuesto en el artículo 468 del Código de Procedimiento Civil", puesto que, dijo entonces, "es cierto que Bernardo tiene parte en el terreno y yo estoy dispuesto a reconocérselo, pero lo que no puedo es, entregarle un edificio que hice con plata mía y que fue sudor de mucho tiempo, mientras el demandante se encontraba en la finca de Santo Domingo durante todo el tiempo que yo estaba haciendo el edificio y haciendo fuerza, porque una cosa de esas no se hace solo, sino que necesita tiempo, dinero y paciencia";

b) Practicadas las pruebas que en dicho proceso de división pidió el demandado con el propósito de demostrar los hechos fundamentales de su oposición, es decir que fue él únicamente, sin participación

alguna del demandante, quien con dineros de su propio peculio costó los gastos que demandó la construcción del edificio, pruebas dentro de las cuales se encuentran la inspección judicial sobre el fundo; recibos de pagos efectuados por él durante el tiempo de la edificación de los locales y departamentos; y los testimonios de Epifanio Montoya, Jesús Jiménez Sánchez y José Alejandro Arboleda, a más de los medios probativos que oficiosamente decretó el juzgado, éste puso fin a la primera parte de ese proceso con el pronunciamiento de su auto de 18 de noviembre de 1975, mediante el cual, luego de rechazar la oposición a ella formulada, decretó "la División por Venta, tal como fue solicitada en el libelo introductor, que dio génesis a esta demanda"; dispuso que "todos los gastos que se ocasionen, serán a prorrata de los derechos de los condóminos"; y ordenó que una vez ejecutoriado su proveído se señalara fecha y hora para la subasta;

c) Apelada que fue esta decisión por el opositor a la división suplicada, el Tribunal Superior de Medellín, por su auto de 2 de marzo de 1976, después de haber estudiado las pruebas practicadas, de cuyo análisis llegó a la conclusión consistente en que "El demandado no pudo demostrar en forma alguna que él fuera el único en haber costado los gastos de construcción, por lo que es lógico concluir que se hicieron en común por los condóminos", confirmó la providencia apelada que había decretado la división;

d) Así las cosas, luego de haberse hecho el avalúo del bien común cuya venta pública se decretó, ésta se realizó el 31 de octubre del año siguiente, diligencia en la cual el inmueble se adjudicó, como a único postor y por la suma de \$ 907.302.20, al comunero Bernardo Díaz Hernández quien, después de haber consignado oportunamente el precio de la subasta "con deducción de su derecho", obtuvo que el juzgado aprobara el remate mediante auto de 6 de septiembre de 1978;

e) El demandado vencido consideró entonces que como él, al contestar la demanda, había alegado "en forma sustancial la

implantación de unas valiosísimas *mejoras...*, mejoras que fueron debidamente singularizadas en el libelo contestado”, y que no obstante haberlas demostrado el juzgado no le resolvió, pues que en su auto de 13 de noviembre de 1975 “ordenó la división por venta y en forma inexplicable y soslayando el contenido del artículo 472 del Código de Procedimiento Civil se *abstuvo de resolver sobre las mejoras...*”, el proceso era nulo y solicitó que así se declarase; y

f) Tramitada que fue la incidencia respectiva, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, en su auto de 21 de abril de 1981, denegó el decreto de nulidad procesal pedido, decisión ésta que fue mantenida por el respectivo Tribunal Superior al decidir la alzada interpuesta contra aquél. Para mantener esa resolución el *ad quem*, tras referirse a todos los antecedentes procesales, particularmente a la oposición del demandado en el proceso divisorio y a las providencias que decretaron la venta en pública subasta del inmueble común, expresó que “si en principio, pudo el juzgador de primer grado haber incurrido en un notorio yerro, este error fue enmendado por el Tribunal, al haberse pronunciado sobre la reclamación de mejoras que formuló el demandado, y al haber sopesado los elementos de juicio, que en pro de sus derechos había aportado en la primera instancia. Por manera que, —agregó entonces ese juzgador de segundo grado— la pretensión que sobre mejoras, plantadas en el bien común, formuló el demandado Jairo Díaz Hernández, al contestar el libelo introductor, no fue desoída, y por consiguiente no se incurrió en el vicio de nulidad que el incidentista le endilga al proceso divisorio”.

II

El litigio en este proceso ordinario

1. En libelo de 18 de abril de 1980, que en repartimiento correspondió al Juzgado Décimotercero Civil del Circuito de Medellín, el sobredicho Jairo Díaz Hernández demandó al mentado Bernardo Díaz Hernández a efecto de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de ma-

yor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que el aquí demandante es el único dueño, por haberlas plantado a sus expensas y con dineros de su propio peculio, de las mejoras existentes en el inmueble que tenía en comunidad con su demandado, ubicado en el barrio “Uribe Angel” de la ciudad de Medellín, cuyas alindaciones se consignan en la demanda;

b) Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene al demandado Bernardo Díaz Hernández a pagar a su demandante el valor total de dichas mejoras, de acuerdo con el avalúo pericial que de éstas se haga en incidente posterior al fallo; y

c) Que se lo condene igualmente al pago de las costas procesales.

2. A más de los que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como hechos constitutivos de la *causa petendi*, los que se compendian en las siguientes afirmaciones:

a) Jairo Díaz Hernández, con dineros de su propio peculio y no pocas veces con los que obtuvo en préstamos con reconocimiento y pago de altos intereses, construyó en el lote que tenía en comunidad con su hermano Bernardo, a ciencia y paciencia de éste, durante los años comprendidos entre 1960 y 1968 un “complejo habitacional y comercial”, conformado por tres locales comerciales y cinco apartamentos;

b) Dicha edificación la hizo en forma lenta y por partes: primero realizó la limpieza y explanación del lote, pues su topografía era demasiado quebrada; posteriormente, a fines de 1960, hizo los cimientos, prospectó los planos arquitectónicos “y se pegaron los primeros ladrillos del primer piso”; a fines de 1967 construyó la segunda planta; seguidamente, en el año de 1968, construyó la tercera planta del edificio; y finalmente, a partir de dicho año, hizo instalar las redes para los servicios de luz, agua y teléfono;

c) Agrega el demandante que todos los actos integrantes del proceso de construcción del edificio fueron realizados exclu-

sivamente por él; gestionó las licencias de construcción y solicitudes para instalación de servicios, pagó materiales, mano de obra, acarreo, sin participación alguna del comunero Bernardo Díaz, quien no hizo esfuerzo "personal ni económico en la gama de gestiones para la construcción", y sin colaboración directa ni indirecta de éste ni de persona alguna;

d) Desde el año de 1967, fecha en que se construyó el primer piso del edificio hasta la presentación de esta demanda, Jairo Díaz ha venido administrando personalmente los apartamentos y locales que integran la edificación, arrendándolos en su exclusivo nombre, recibiendo los cánones y denunciándolos como entrada suya en su declaración de renta, aseguró la construcción contra incendio en una compañía de seguros, paga los impuestos y ha estado siempre "pendiente de resolver todos los pequeños y grandes problemas que se presentan en la mencionada construcción";

e) El 22 de marzo de 1974, catorce años después de haber empezado la construcción y seis de haberla terminado, cuando Jairo se encontraba administrando personalmente el mencionado complejo habitacional y comercial "sin rendirle cuentas y explicaciones a persona alguna", el otro comunero, Bernardo Díaz Hernández, "en forma inexplicable, intempestiva, sin previo diálogo y comunicación", instauró demanda solicitando la división *ad valorem* del lote materia de la comunidad, pero no del "complejo habitacional y comercial" construido sobre él, pues las mejoras y construcciones correspondían exclusivamente al comunero constructor y no a la comunidad";

f) Muy a pesar de que al contestar la demanda en ese proceso divisorio Jairo Díaz solicitó el reconocimiento a su favor "de las invaluable mejoras levantadas en el apuntado lote" y de acreditarse allí, "ese derecho le fue desconocido y soslayado... creándole ostensiblemente un desequilibrio económico que lo tiene al borde de la total insolvencia"; y

g) Jairo Díaz Hernández, dice éste en el hecho noveno de su demanda, "cons-

tructor de las valiosísimas mejoras en el lote que da cuenta el título escriturario citado *ab initio*", vio desconocido y soslayado su derecho a ellas en el referido proceso de división, puesto que el allá demandante Bernardo Díaz, "acolitado por el funcionario de instancia" se quedó con ellas, "tipificando un empobrecimiento franciscano a mi poderdante y un enriquecimiento" para él.

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

En cuanto a los hechos afirmados en ella, salvo los atinentes a la adquisición por compra que en común hicieron demandante y demandado del lote de terreno, al proceso divisorio instaurado y a las incidencias en él surtidas, los cuales aceptó como ciertos, negó los demás. Afirmó que como en el año de 1965 su hermano Jairo, a quien se había dejado la administración del predio, se "negó a establecer la situación contable existente", tuvo que "incoar acción de partición por venta", pretensión que le fue reconocida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín en providencia de 18 de noviembre de 1975, confirmada posteriormente por el respectivo Tribunal Superior; y que "en tal oportunidad se planteó la misma situación que es materia del presente proceso ordinario, por parte del demandante", mereciendo entonces la repulsa por la justicia al decidir que "el demandado no pudo demostrar, en forma alguna que él fuera el único en haber costado los gastos de construcción, por lo que para esta Sala es lógico concluir que se hicieron en común por los condóminos".

En ese mismo escrito el demandado en el ordinario propuso, como de mérito, las excepciones de cosa juzgada, "petición de modo indebido" y "falta de legitimación en causa". Hizo consistir el primer medio defensivo propuesto, en la aseveración de que "la situación jurídica planteada en la demanda fue controvertida y decidida en el proceso divisorio" que Bernardo adelantó contra Jairo, por lo que no puede "ser objeto de una nueva acción judicial"; el segundo lo fundó en la afirmación consistente en que "la situación debatida está

regulada en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil y a ella ajustaron las partes su problemática jurídica en esa oportunidad"; y el tercero, en que por todo lo acontecido anteriormente entre los aquí litigantes, el demandante no es hoy titular del derecho que reclama.

4. Con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso ordinario, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 29 de octubre de 1981, mediante la cual declaró probada la excepción de cosa juzgada y absolvió por tanto al demandado de los cargos que su demandante le endilgó.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandante contra lo así resuelto en la primera instancia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, mediante su fallo del 22 de marzo de 1982 confirmó el apelado e impuso al apelante las costas procesales.

6. Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el demandante, recurso este que por encontrarse hoy legalmente rituado procede la Corte a decidir.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de sintetizar el trámite del proceso, pasa el Tribunal a estudiar los presupuestos procesales, todos los cuales encuentra reunidos y por ello advierte que es procedente dictar sentencia de mérito.

2. Emprende en seguida el *ad quem* el análisis de la excepción de cosa juzgada, que el demandado invocó y que el juez de primer grado declaró probada en su fallo.

Al punto, con transcripción del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y cita de algunas doctrinas de la Corte referentes a la naturaleza jurídica y elementos que tipifican el fenómeno de la *res judicata*, advierte el sentenciador de segundo grado que "en el caso *sub lite*, el señor Jairo Díaz Hernández, con anterior-

idad al presente debate, en su respuesta a la demanda que le formulara su comunero Bernardo Díaz Hernández, tendiente a obtener la división por venta del bien común, tuvo oportunidad de reclamar su pretendido derecho a las mejoras, reclamación hecha en la forma ordenada por el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil".

Y después de transcribir la parte pertinente de la contestación que a la demanda de división del bien común dio el allá demandado Jairo Díaz, dice el *ad quem*, apoyando su aserción en las copias de dicho proceso que se adujeron como prueba en el presente, que allá, "tanto el señor juez de primera instancia, como el Tribunal, se pronunciaron en relación con las mejoras alegadas por el señor Jairo Díaz Hernández, en aquella oportunidad el Tribunal Superior señaló que el señor Jairo Díaz Hernández no logró acreditar que fuera el único comunero en haber sufragado los gastos de construcción de la edificación levantada en el lote de terreno de propiedad de los dos comuneros, concluyó la Sala de Decisión una vez analizada la prueba, especialmente la testimonial, que el edificio fue levantado a expensas de los dos comuneros".

3. De su análisis probatorio concluye el Tribunal Superior de Medellín, y en tal deducción apoya su sentencia desestimativa de la pretensión del demandante, que si dentro del proceso divisorio adelantado entre las mismas partes fue "ampliamente debatido el tema sobre las mejoras reclamadas por el comunero Jairo Díaz Hernández y éste no logró acreditar en esa oportunidad, que fue el único que por su cuenta y riesgo y a sus expensas hubiera levantado las mejoras implantadas en el lote común"; que por "más que se esforzó especialmente mediante el aporte de la prueba testimonial, dicho comunero no logró acreditar lo que ahora intenta de nuevo por medio de este proceso ordinario"; y que si "anteriormente sus pretensiones no le fueron acogidas, no puede por consiguiente la decisión quedar a la deriva, como para luego insistir y replantear este proceso posterior a la cuestión decidida, se da por tanto la excepción de cosa

juzgada invocada por la parte demandada”.

Advierte por último el Tribunal, y así lo asevera en su sentencia, que en este caso se da la triple identidad que requiere la cosa juzgada para su estructuración, puesto que hay identidad de partes en los dos procesos, identidad de causa y de objeto jurídicos.

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

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 dos cargos, que la Corte entra a considerar y despachar en el orden en que ellos vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de ser directamente violatorio, por aplicación indebida, del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

2. Previa transcripción del texto legal sustancial cuya violación denuncia, en la sustentación de este cargo el censor expresa que en el presente caso “no se hizo pronunciamiento alguno sobre mejoras en la sentencia, sino en un simple auto que no tiene fuerza de cosa juzgada, pues el texto de la norma transcrita solamente otorga tal efecto a la sentencia ejecutoriada”; que dicho artículo 332 no era aquí aplicable “porque los simples autos no producen cosa juzgada”; y que el Tribunal “no fue que estimara que el auto que decretó la división y se pronunció sobre mejoras tuviera el carácter de sentencia, sino que no obstante reconocer su calidad de auto le hizo producir tales efectos”.

Avanzando en el desenvolvimiento de la censura el casacionista transcribe pasos trascendentes de la sentencia que él combate; y después, a manera de resumen de la impugnación, asevera que el Tribunal

de Medellín, “sin referirse a la cuestión de hecho, o mejor a sus pruebas, sostiene que lo decidido en el proceso divisorio fue sobre mejoras y tiene efectos de cosa juzgada, y aplica el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil”.

Se considera

1. Como ya lo ha dicho esta Sala, *el proceso civil, que es la unión concatenada de los actos realizados por las partes y por el juez, mediante los cuales se busca la efectividad de los derechos objetivos, no puede perpetuarse en el tiempo; poderosos motivos de interés general reclaman que su duración sea esencialmente temporal, puesto que si así no fuere las relaciones jurídicas individuales jamás tendrían certeza, lo que iría en desmedro del orden público y de la paz social.*

Es verdad que ordinaria y normalmente el proceso termina con el pronunciamiento de una providencia que se llama sentencia, que es la manifestación mediante la cual el juez, aplicando al caso litigado la voluntad abstracta de la ley, resuelve el conflicto sometido a su jurisdicción, ora acogiendo la pretensión del demandante o ya la excepción del demandado. Ello no obstante, casos hay en que al proceso se le pone término, y por ende finaliza la controversia en él discutida, mediante un proveído llamado auto: mediante él se decide positiva o negativamente el litigio objeto del proceso, ora acogiendo la pretensión del demandante o ya la oposición a esta formulada por el demandado.

2. *De acuerdo con las normas legales reguladoras de su trámite (arts. 467 a 474 del C. de P. C.) el procedimiento para dividir materialmente o por su valor un bien común, es especialísimo en cuanto que se establece únicamente para tramitar y decidir esta específica controversia surgida entre los condóminos de una cosa singular. En él el demandado puede, dentro del término del traslado de la demanda, oponerse o no oponerse a la división suplicada; según lo dice el artículo 470 ibidem, si no propone excepciones previas ni de otra naturaleza, ni formula oposición, el juez decretará la división “en la forma so-*

licitada, por medio de auto"; y 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 "El auto que decreta o niega la división o la venta es apelable" (subraya la Sala).

De la referida preceptiva legal tiene que inferirse que el juez decreta o niega la división demandada mediante auto; que por éste resuelve la relación jurídica decidiendo la pretensión divisoria querida por el demandante, y la oposición formulada a ella por el demandado.

Si bien es cierto que el auto que decreta la división de la cosa común, ora material o ya ad valorem, no termina el proceso respectivo, pues que decretada la división corresponde ejecutar los actos indispensables para realizarla, ora el remate o ya la partición (arts. 471 a 474); no puede ser menos cierto que, en cuanto decide la pretensión divisoria y rechaza la oposición a ella formulada, si agota la función jurisdiccional, como que es justamente por virtud del ejercicio de ella que el juez ha ordenado repartir la cosa común entre los comuneros, o el producto de su remate.

3. En materia de mejoras, el Código de Procedimiento Civil hoy vigente adopta en principio el criterio de que, para que ellas den lugar al derecho de retención del inmueble en que se han plantado, deben haberse alegado en el proceso respectivo por las partes y encontrarse reconocidas en la sentencia de cuya ejecución se trata. Estimó el legislador colombiano de 1970, que la controversia sobre mejoras es punto que queda incluido dentro del thema decidendum, y que por tanto, en acatamiento a los principios de la economía y lealtad procesales, se deben alegar en la demanda o en su contestación, a fin de que en la sentencia que se dicte se resuelva definitivamente lo relacionado con ellas.

Tratándose de los procesos divisorios, el artículo 472 de la codificación procesal citada establece que "El comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá

reclamar su derecho en la demanda o en la contestación especificándolas debidamente y pidiendo las pruebas correspondientes. Si se hubiere formulado oposición, el juez decidirá sobre las mejoras en el auto que la resuelva, de lo contrario el reclamo relativo a éstas se tramitará como incidente. En el auto que reconozca las mejoras, el juez dispondrá que los peritos las avalúen por separado" (subrayas de la Sala).

Se ve, entonces, que por claro mandato legal lo relacionado con las mejoras que los comuneros aleguen en el proceso divisorio, constituye un litigio incidental que se decide siempre por medio de un proveído que esa misma ley insistentemente llama auto: el auto que decide la oposición y decreta la división, si el demandado impugnó la pretensión del demandante; o el que resuelve el incidente de mejoras si no hubo oposición a la división.

4. Quizás por seguir literalmente el texto de las normas legales que en el Derecho Positivo Colombiano han regulado el instituto de la cosa juzgada (arts. 473 del Código Judicial de 1931 y 332 del de Procedimiento Civil de 1970), jueces y jurisperitos se han inclinado siempre 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 denominadas autos.

Criterio este que ya la Corte, amparada en la autoridad científica de eminentes cultores del Derecho Procesal, ha considerado inexacto por ser restringido en su alcance. Dice en efecto José Chioyenda 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 la sentencia, como la ordenanza y el decreto (ciertas resoluciones judiciales de la ley procesal italiana),

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 Ed. Editorial Reus, 1946, tomo II, págs. 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 mandato legal especial expresamente autorice su revisión.

Orientada la Corte por esa doctrina, ya en el año de 1954 señaló que "... tratándose de un fallo incidental, en firme y proferido en materia contenciosa, que 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" (Cas. 3 noviembre de 1954, G. J., t. LXXIX, págs. 261 y 262).

5. Que es lo que sucede justamente, a juicio de la Sala, con el auto que decidiendo la oposición y las excepciones propuestas por el demandado decreta la división material o *ad valorem* del bien que pertenece a dos o más comuneros, a términos de lo indicado por el artículo 470 del Código de Procedimiento Civil y a la vez, como lo manda el artículo 472 *ejusdem*, resuelve sobre las mejoras que uno de los comuneros ha alegado tener en la cosa común. Este auto, así llamado en forma expresa y reiterada por la misma ley, tiene 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 y la oposición formulada por el demandado.

Se trata en verdad de una providencia judicial que por su forma es un auto, pero que, en cuanto a su materia o contenido, equivale a una sentencia; frente a dicho proveimiento la ley consagra implícitamente

la cosa juzgada, puesto que reconocida la comunidad tanto en el predio como en las mejoras plantadas en él y decretada la división del bien común, esta específica resolución judicial tiene que estar y evidentemente está prevista de fuerza vinculante suficiente como expresión definitiva de la voluntad de la ley que es, y, por lo mismo, la cuestión así decidida 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, salvo el recurso extraordinario de revisión.

6. Como se infiere de la relación que de los antecedentes del litigio se hizo en la primera parte de esta providencia, el aquí demandante Jairo Díaz, como comunero del bien que tenía con su hermano Bernardo, antes de instaurar este proceso ordinario ya había ejercitado, dentro del proceso divisorio que Bernardo Díaz siguió contra él, la facultad de reclamar para él las mejoras existentes en el bien; tal pretensión no alcanzó éxito para él, pues los jueces de primero y segundo grados decidieron, luego de estudiar las pruebas, que las mejoras plantadas en el predio común pertenecen, por iguales partes, a los dos condóminos. Todo lo cual significa que el citado Jairo Díaz Hernández no puede, sin desconocer el carácter definitivo que según la ley corresponde a la decisión que entonces le dio la justicia a la controversia, plantear ésta nuevamente.

Como ya lo tienen dicho al unísono jurisprudencia y doctrina, para que la jurisdicción cumpla a cabalidad sus fines propios, es necesario que la sentencia judicial sea, a partir de determinado momento, definitiva, inmutable y coercible. Por razón de la primera de tales tres necesidades, la ley impide todo ataque posterior tendiente a obtener la revisión de la sentencia que ha definido un conflicto de intereses; por ser inmutable, ni el mismo juez que la ha emitido, ni otro distinto, puede modificar esa decisión; y la coercibilidad consiste en la eventualidad de su ejecución forzada.

Porque si la insatisfacción que lo decidió en el proceso divisorio produjo en el

aquí recurrente lo autorizara para formular luego, otra y cuantas veces lo quisiera, nuevas demandas sobre el mismo asunto de las mejoras plantadas en el lote de terreno común, sin ser éste 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 decisiones incidentales, por no ser sentencias en sentido formal, carecen de toda fuerza vinculante y de todo efecto definitivo, lo que es inadmisibles.

Hase dicho con acierto que el fundamento jurídico o razón de ser de la cosa juzgada se ubica hoy en la necesidad política de ponerle fin a los litigios decididos judicialmente; impedir su sucesivo replanteamiento en procesos posteriores por la parte desfavorecida con la decisión, evitando así la revisión de esta en proceso ulterior, que a su vez podría ser atacado y así sucesivamente hasta el infinito.

7. No hubo pues, en el presente caso, aplicación indebida del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. Y como consecuencia obvia tiene que decirse que el cargo que se estudia es ineficaz.

Cargo segundo

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de ser indirectamente violatorio, por aplicación indebida, del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y del 738 del Civil, éste por falta de aplicación, a causa del error de hecho evidente en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de la contestación a la demanda y del auto que confirmó el decreto de división, proferido en el proceso seguido por Bernardo Díaz Hernández contra su condómino Jairo Díaz Hernández.

2. A intento de demostrar el yerro de hecho que denuncia, el casacionista transcribe primeramente las partes pertinentes de las dos piezas procesales que estima erróneamente apreciadas por el *ad quem*: la contestación que Jairo dio a la demanda que para dividir el bien común le instauró Bernardo, y el auto que decretó la división suplicada.

Dice a continuación el impugnador que en dicho auto "el Tribunal proveyó sobre la solicitud del demandado contenida en la contestación de la demanda de que se le reconocieran y pagaran los gastos que realizó en el inmueble común y en las construcciones efectuadas en él, *pero no las mejoras*, que el demandado no solicitó específicamente..."; que en el divisorio "no se proveyó entonces sobre mejoras, sino sobre gastos en materiales de construcción realizados por Jairo, lo que no constituye mejoras"; y que "En tales circunstancias resulta evidente el error del Tribunal al estimar que fue decidido con fuerza de cosa juzgada lo relativo a mejoras efectuadas por el demandante en el bien común, tema que sí es objeto del presente proceso en el cual se solicita la declaración de que el demandante las implantó en dicho bien, así como el reconocimiento de su valor por el demandado".

3. Concretando el yerro de hecho que le endilga a la sentencia del Tribunal, asevera el casacionista que consistió en considerar que en el proceso divisorio referido se "proveyó sobre mejoras cuando sólo lo hizo sobre reembolso por Bernardo Díaz de los gastos efectuados por Jairo en el terreno común". Agrega la censura después de afirmar el anterior postulado, que si el presente proceso ordinario "versa sobre el pago de mejoras, *el objeto de los dos procesos no es idéntico*, por lo cual no se configura la cosa juzgada".

Se considera

1. *Ha dicho la doctrina que como la autoridad de la cosa juzgada no se produce sino en relación con una sentencia determinada, las denominadas identidades procesales constituyen el elemento de contraste para precisar si se estructura o no. Tres son las identidades que demarcan los límites de la cosa juzgada: de cosa pedida, eadem res; de razón, eadem causa petendi; y de personas, eadem conditio personarum.*

Las dos últimas de las tres identidades referidas configuran el límite objetivo de la cosa juzgada, que comprende dos aspectos: el objeto decidido, de un lado; y

del otro, la causa invocada para lograr la decisión, que si bien están entre sí íntimamente relacionados, responden sin embargo a dos cuestiones diferentes: sobre qué se litiga y por qué se litiga.

Para los efectos en comento se ha entendido por objeto el bien corporal o incorporal que se reclama, o sea, las prestaciones o declaraciones que se piden de la justicia; por causa, el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, es decir, el hecho o hechos jurídicos que sirven de fundamento a las pretensiones. No es fácil sin embargo escindir lo que es materia de decisión en la sentencia, o sea su objeto en sí mismo considerado, y la razón o causa de pedir el reconocimiento del bien jurídico.

2. Como se trata en rigor jurídico de dos aspectos íntimamente relacionados, las más de las veces será prudente examinarlos como si se tratara de una unidad, para determinar en todo el conjunto de la res in judicium deductae, tanto la identidad de objeto como la identidad de causa. Así podrá saberse que el planteamiento nuevo de determinadas cuestiones, y las futuras decisiones acerca de estos puntos, solamente estarán excluidas en cuanto tengan por resultado hacer nugatorio o disminuir de cualquier manera el bien jurídico reconocido en la sentencia precedente.

En realidad, para estimar la existencia de la cosa juzgada no importa en forma decisiva la denominación jurídica de la pretensión deducida por el demandante, ni menos la cita de las disposiciones de derecho. sino que la identidad de la causa y del objeto tiene que buscarse principalmente en su raíz, que es el conjunto y el contenido real de los hechos propuestos en la demanda como generadores de situaciones jurídicas concretas, cuya protección se solicita del Estado.

3. Analizada la cuestión con este criterio no puede decirse, como lo hace el recurrente, que en el presente caso el Tribunal *ad quem* incurrió en yerro fáctico ostensible al aplicar la cosa juzgada a objetos jurídicos diferentes: el objeto pretendido en el presente negocio, derecho de propiedad exclusivo sobre las mejoras

plantadas en el predio común, es precisamente el mismo que el demandado pretendió en el proceso divisorio.

A ninguna otra inferencia lógica puede llegarse de la simple lectura de la contestación a la demanda que Jairo Díaz Hernández dio en el proceso divisorio, en la cual expresó: "Me opongo rotundamente a las pretensiones del demandante, porque a mí se me tienen que reconocer los gastos que tuve en la construcción del edificio, como lo disponen los artículos 738 y 739 del Código Civil", por eso pidió entonces "que se me pague la mitad de la construcción". Explicó que su oposición a la división demandada es porque el demandante "no dice que se me reconozca el dinero que puse en la edificación de los apartamentos..."; que es cierto que Bernardo tiene parte en el terreno "y yo estoy dispuesto a reconocérselo, pero lo que no puedo es entregarle un edificio que hice con plata mía..."; y que si bien demandante y demandado son comuneros en el terreno, "yo hice el edificio y en estos momentos es mío, porque lo hice con plata mía".

Interpretación ésta que la corrobora el auto de 2 de marzo de 1976, mediante el cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó el que decretó la división, providencia en la cual, luego de compendiar la oposición del demandado y de estudiar las pruebas aducidas por éste tendientes a demostrar que fue él quien exclusivamente construyó la edificación, dijo el *ad quem* que como "El demandado no pudo demostrar en forma alguna que él fuera el único en haber costado los gastos de construcción, por lo que para esta Sala es lógico concluir que se hicieron en común por los condóminos".

4. En nada pues, alteró el Tribunal Superior de Medellín, en su sentencia hoy impugnada en casación, el contexto de los medios probativos que el censor estima mal apreciados, al aseverar aquél que el objeto jurídico pretendido por el demandante en este proceso ordinario es el mismo que invocó, alegó y pretendió demostrar en el proceso divisorio anterior.

En verdad que lo que en éste como en ese proceso llevó a debate judicial fue su

pretendido derecho de propiedad exclusivo sobre las mejoras implantadas en el bien común, fundándolo en que como comunero levantó la edificación con dineros de su propio peculio y a sus expensas, sin colaboración alguna de su hermano Bernardo ni de otra persona. Y esa fue, justamente, la materia decidida por la justicia al declarar en ese proceso especial que como el demandado “no pudo demostrar en forma alguna que él fuera el único en haber costado los gastos de construcción, por lo que para esta Sala es lógico concluir que se hicieron en común por los dos condóminos”.

Muy al contrario de lo que ahora pregona con énfasis el recurrente en casación, fundando así el yerro de hecho que denuncia, durante todo el trámite del proceso divisorio y aun después entendió claramente y así lo expresó en oportunidades múltiples, que lo alegado era su derecho a las mejoras plantadas en el predio común: sobre tal aserto pidió la declaratoria de nulidad de dicho proceso puesto que, dijo entonces, no obstante haber alegado “unas valiosísimas mejoras... mejoras que fueron debidamente singularizadas... y de haberlas demostrado...”, el juzgado “en forma inexplicable y soslayando el contenido del artículo 472 del Código de Procedimiento Civil se abstuvo de resolver sobre las mejoras...”. Esta incidencia no alcanzó éxito pues el juez *ad quem*, al confirmar el auto que la denegó, expresó que “si en principio, pudo el juzgador de primer grado haber incurrido en un yerro, este error fue enmendado por el Tribunal, al haberse pronunciado sobre la reclamación de mejoras que formuló el demandado, y al haber sopesado los elementos de juicio, que en pro de sus derechos había aportado en la primera instancia”.

Pero no fue solamente en el proceso divisorio en donde el aquí demandante afirmó haber alegado y discutido allá el derecho a las mejoras plantadas en el predio común; en la demanda con la cual inició el presente proceso ordinario, también

lo hizo paladinamente. En efecto, a través de los hechos 8º y 9º de la demanda ordinaria expresó que él, al contestar la que se presentó en el divisorio, solicitó “el reconocimiento de las invaluable mejoras levantadas en el apuntado lote... , ese derecho le fue desconocido y soslayado dentro del mencionado proceso judicial”; al demandante señor Jairo Díaz Hernández, “constructor de las valiosísimas mejoras en el lote... , le fue soslayado y desconocido su derecho a ellas...”.

Es solamente ahora, y más precisamente al formular la demanda de casación de este proceso, cuando el recurrente, tomando una posición totalmente contraria a la que asumió reiteradamente antes, dice que no se estructura la cosa juzgada por falta de identidad de objeto jurídico. Mas lo expuesto es suficiente para advertir que el error de hecho que la censura le enrostra a la sentencia, resulta ciertamente inexistente y por eso tiene que rechazarse también este cargo.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y dos, en este proceso ordinario.

Costas a cargo del recurrente.

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

ESCRITURA PUBLICA. Nulidad

La falta del requisito formal del Instrumento Público consistente en no haberse tomado la huella dactilar del compareciente que no sabe o no puede firmar, constituye vicio de nulidad absoluta, declarable de oficio cuando se ha integrado cabalmente el contradictorio.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., enero veinticinco de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Gilrardo Zuluaga).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de agosto de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, al desatar la segunda instancia en este *proceso ordinario* promovido por *Segunda Palacios Mena y otros* contra *Isabel Rentería García*.

I

El litigio

1. En demanda adicionada que fue admitida por auto del 16 de julio de 1979 del Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, Segunda Palacios Mena y Martina y Carlos Cuesta Mena, obrando como herederos de José Cornelio Mena, convocaron a proceso ordinario de *mayor cuantía* a Ana Isabel para que se declarase la *nulidad* de la Escritura número 209 otorgada ante el notario de Quibdó el 22 de agosto de 1972, por medio de la cual Segunda Palacios Mena dijo vender a la demandada el inmueble que allí se describe lo mismo que en la petición primera; para que, consecuentemente, se la condenase a restituir ese bien a los herederos de José Cornelio Mena, y para que se disponga la cancelación de dicho instrumento y la de su registro.

2. Como hechos de la *causa petendi* se adujeron los siguientes, en resumen:

Que en pago de gestiones que a su nombre hicieron Antonio Heraclio Maya y su dependiente Aurelio Rivas Mosquera, Segunda Palacios Mena recibió de éstos la propuesta de que les otorgara escritura de enajenación de un pequeño lote de terreno situado en la esquina derecha de la vía de penetración al barrio El Jardín de Quibdó; que esta negociación no se realizó porque Rivas Mosquera reclamó una porción mayor a la inicialmente convenida; que “cuando nadie lo esperaba por inexistencia de antecedentes lógicos para poder llegar a ese otorgamiento, Ana Isabel Rentería García, la ilegítima de Aurelio Rivas Mosquera... hizo una intempestiva aparición con la Escritura Pública número 209 del 22 de agosto de 1972”, en que Segunda Palacios Mena, a pesar de figurar como presunta vendedora, jamás participó en su elaboración o contenido, ni prestó el consentimiento para la misma, desde luego que en ella no estampó sus huellas dactilares, como lo exige la ley; que todo se debió a una trama dolosa; que la mencionada escritura es nula.

3. Con oposición expresa de la demandada se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia que dispone:

“1º Declarar probada la excepción de prescripción de la *acción de nulidad* solicitada por los demandantes, propuesta por el doctor Bernardino Becerra Rodríguez en el escrito de contestación de la demanda.

"2º Niéganse las declaraciones solicitadas en la demanda.

"3º Condénase en costas a los demandantes. Tásense".

Apelada esta decisión por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó la confirmó íntegramente, por medio de su fallo del 12 de agosto de 1981, cuya parte resolutive dice:

"1º *Confírmase*, en todas sus partes la sentencia originaria del Juzgado Único Civil del Circuito de Quibdó de fecha y procedencia anotadas, que ha sido materia de apelación.

"2º Condénase en costas a la parte demandante".

Entonces la misma parte apelante interpuso el recurso de casación.

II

Fundamentos de la sentencia recurrida

Luego de transcribir los hechos y peticiones de la demanda y de historiar los distintos pasos del proceso, el *ad quem* expresa que la pretensión principal deducida por los demandantes, como lo han confirmado sus apoderados, es la de nulidad absoluta de la Escritura número 209 precitada, que se funda en el hecho de que la vendedora Segunda Palacios Mena, a pesar de consignarse en el cuerpo del instrumento que no sabía leer ni escribir, no estampó sus huellas digitales al término de la escritura mencionada. Dice después el Tribunal que esta omisión, plenamente probada, no vicia de nulidad el título escriturario, sino que constituye una irregularidad sancionable administrativamente, pues no viola ninguna de las modalidades del artículo 99 del Decreto 960 de 1970, ya que la otorgante estuvo presente en la notaría cuando se otorgó la Escritura número 209 y rogó a un testigo que firmara en su nombre.

De todo lo anterior concluye el Tribunal que "no demostrada por la demandante la causal de nulidad absoluta o no siendo tal la que alegó, sus pretensiones no pueden tener éxito y las decisiones del inferior deben ser confirmadas".

III

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera, la recurrente formula cargo único, que hace consistir en "violación directa" por haber "dejado de aplicar" los artículos "1740 y 1741, 762 numerales 1, 2 y 3; 964, 1502 del Código Civil; artículo 2º Ley 50 de 1936; artículos 13, 24, 35, 39 y 99 num. 2, 3 y 5 del Decreto 1960 (sic) de 1970, capítulo II, título XXI Código de Procedimiento Civil, artículo 251, numerales 2 y 3 *ibidem*; artículo 6º Ley 69 de 1945".

Dice el recurrente que las normas citadas se violaron porque "el fallador dejó de atender estas disposiciones para poder fallar jurídicamente y se sirvió parcialmente, apenas, de las mismas"; y que "por el contrario debió haber aplicado en toda su integridad las disposiciones anotadas".

A continuación analiza el censor el quebranto de las normas precitadas y manifiesta que es absoluta y no relativa la nulidad que padece la Escritura 209, porque la presunta vendedora no estampó sus huellas digitales, y que, además, existe una falsedad del instrumento, porque no fue realmente otorgado por Segunda Palacios Mena, ya que no rogó al testigo que dijo firmar a petición suya; que, finalmente, la presunta vendedora "no consintió en dicho acto de otorgamiento de la Escritura Pública número 209...; que por lo mismo su consentimiento hipotético no es válido porque adolece de un vicio sustancial como el regulado por los artículos 24, 39, 99 en sus numerales 2, 3 y 5 del Decreto 960 de 1970".

IV

Consideraciones de la Corte

Como quiera que la sentencia del Tribunal, según se desprende de las transcripciones hechas al resumirla, confirmó íntegramente la del juez *a quo*, resulta evidente que en ella se tomaron diferentes resoluciones: por la primera, se declaró probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad propuesta por la demandante y por la segunda, se negaron las declaraciones solicitadas en la demanda.

Es decir que, con relación a la primera, el Tribunal dio aplicación a los preceptos que establecen la prescripción de las acciones y que, relativamente a la segunda, dejó de aplicar las normas que consagran la nulidad de los actos jurídicos en general y de las escrituras públicas, lo mismo que las que, pronunciada judicialmente una nulidad, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, y las que, en el mismo evento, conceden acción reivindicatoria contra terceros poseedores.

Comparando, pues, lo decidido por el Tribunal y lo que es objeto de impugnación por parte de los recurrentes, al romperse se advierte que quedó por fuera del ataque lo relativo al reconocimiento de la excepción de prescripción, suceso que lleva al traste la demanda de casación, pues aun en el caso de que el cargo lanzado fuera fundado, la sentencia no podría casarse, desde luego que permaneciendo incólume la declaración atinente al reconocimiento de la prescripción de la acción, no podría acoger la pretensión de los demandantes.

De otro lado, el cargo tampoco podría prosperar, porque, no obstante que se formula por vía directa, todo su desarrollo se hace por la indirecta, ya que continuamente se separa de las conclusiones a que en la apreciación y valoración de las pruebas llegó el Tribunal. La vía directa supone necesariamente la conformidad del censor con todos los planteamientos probatorios hechos por el fallador, por manera que si aquél los contradice o se aparta de ellos, equivoca la vía escogida.

El Tribunal partió de que se probó plenamente que Segunda Palacios había estado presente en el acto de otorgamiento de la escritura enjuiciada por nulidad y que había rogado a un testigo que firmara a su nombre; el censor, en cambio, alega lo contrario, con lo cual se desvía hacia los yerros de hecho y de derecho, propios de la vía indirecta.

Finalmente, se advierte que, si por vía simplemente de hipótesis, el cargo pudie-

ra ser acogido de tal suerte que fuese posible casar la sentencia del Tribunal, la Corte, actuando ya como Tribunal de instancia, no podría entrar a conocer del fondo del proceso, pues versando éste fundamentalmente sobre la nulidad de la escritura que recoge un contrato de venta, el contradictorio no estaría integrado debidamente, pues no fueron demandados varios de los compradores. En efecto, en el título (fls. 2 y 3 del cuaderno 3º) se dice que la venta se hace para Isabel Rentería y para sus hijos Teresa Rivas Jordán, Ana del Carmen Mosquera y Aurelio Segundo, Aurelio Tercero, Luis Aurelio y Ana Inés Rivas, quienes no fueron convocados al proceso y de los cuales Teresa es hoy mayor de edad, según se desprende del inserto que se ve al final del folio 3.

No obstante todo lo dicho, *la Corte en ejercicio de su función de unificar la jurisprudencia, expresa que, contrariamente a lo que sostuvieron los juzgadores de instancia, no es cosa de poca monta la ausencia, en la escritura pública, de la huella dactilar de un compareciente que no sabe o no puede firmar. Como pasa a explicarse brevemente, la falta de la huella equivale a omisión de un requisito formal del instrumento público, lo que constituye nulidad a voces con el artículo 1741 del Código Civil, en relación con el 99 del Decreto 960 de 1970.*

En efecto:

La última disposición citada es del siguiente tenor:

“Artículo 99. Desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos:

“3. Cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido.

“5. Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la firma de aquellos o de cualquier compareciente”.

Como lo dice la parte inicial de este precepto, los casos allí enlistados generan

nulidad de la escritura "desde el punto de vista formal", es decir porque las irregularidades taxativamente señaladas allí comportan omisión del cumplimiento de requisitos esenciales o formalidades de las escrituras públicas.

No se remite a duda que si un otorgante o compareciente deja de firmar el instrumento otorgado ante notario, esa omisión lo hace nulo.

Ahora bien, cómo se suple la firma de quienes no saben o no pueden firmar? La respuesta la da el artículo 39 del Decreto premencionado:

"Si alguno de los otorgantes no supiese o no pudiese firmar, el instrumento será suscrito por la persona a quien él ruegue, cuyo nombre, edad, domicilio e identificación se anotarán en la escritura. El otorgante imprimirá a continuación su huella dactilar, de lo cual se dejará testimonio escrito con indicación de cuál huella ha sido impresa".

De modo pues, que son dos requisitos los que deben satisfacerse de conformidad con la norma transcrita:

1º El instrumento debe ser firmado por la persona a quien el otorgante ruegue que lo suscriba, con anotación de su nombre, edad, domicilio e identificación.

2º El otorgante debe imprimir a continuación su huella dactilar, de lo cual se dejará testimonio escrito con indicación de cuál fue la huella impresa.

Entonces, si de conformidad con lo que se dispone por el artículo 35, in fine, del mismo Estatuto del notariado, la firma de los otorgantes demuestra su aprobación, es menester concluir que, en el caso litigado en este proceso, no aparece que Segunda Palacios Mena haya firmado debida-

mente la Escritura número 209 y que, por la misma razón, no prestó en la forma requerida la aprobación a su texto, episodios que, al tenor del artículo 99 citado, constituyen nulidad de la escritura y que por omisiones de formalidades propias de toda escritura pública, permiten calificar el vicio como nulidad absoluta a voces con el artículo 1741 del Código Civil. Esta nulidad, que se repite, es absoluta y no meramente relativa, no la puede decretar ahora oficiosamente la Corte, porque en este proceso no se integró cabalmente el contradictorio.

V

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 12 de agosto de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en este proceso ordinario de Segunda Palacios Mena y otros frente a Ana Isabel Rentería García.

Sin costas en el recurso de casación 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, con salvamento de voto; Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Comparto la decisión proferida por la mayoría de la Sala en el sentido de no casar la sentencia impugnada en casación.

Discrepo apenas en considerar que la omisión del requisito que para los otorgantes de una escritura pública que no saben firmar establece el artículo 39 *in fine* del D. E. 960 de 1970 constituya motivo suficiente para anular el instrumento y el acto jurídico que contiene. No creo que la pretermisión de ese requisito, imputable primordialmente al notario, pueda considerarse, como lo sostiene la Sala, en que el otorgante no prestó su aprobación al texto del instrumento extendido, o que no aparezca debidamente establecida la identificación de dicho otorgante.

Sancionar con nulidad absoluta el no cumplimiento de una formalidad de esa clase que no es ni puede ser esencial, atenta gravemente contra la firmeza de los actos jurídicos y contra los efectos de una voluntad por lo demás libremente declarada por los comparecientes al acto.

Cuando el otorgante no sabe o no puede firmar, lo que la ley quiere es que se establezca clara e indudablemente su voluntad plasmada en el texto del instrumento, lo cual se cumple, a no dudarlo, en forma muy amplia, si en el texto del instrumento se hace constar —como ocurrió en el presente caso— que el otorgante rogó al testigo que firmara en su lugar y que éste así lo hizo, previa su identificación ante el notario. Y si este funcionario autorizó el instrumento, como ocurrió fue porque al tenor del artículo 40 *ibidem* “consideró cumplidos todos los requisitos formales del caso”.

En síntesis, la omisión del requisito de la huella dactilar que establece el citado artículo 39, no constituye, a mi juicio, motivo de nulidad absoluta de la escritura ni del contrato que aquella contiene.

Fecha *ut supra*.

José María Esguerra Samper.

COMPRAVENTA MERCANTIL - Resolución del contrato

El Código de Comercio la reglamenta en forma distinta a la resolución en materia civil. La pretensión prevista en el artículo 948 del Código de Comercio es contentiva del aniquilamiento del contrato, o sea, de una auténtica acción resolutoria. Puede ser total o parcial. Su trámite corresponde al procedimiento abreviado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., febrero nueve de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 10 de diciembre de 1981, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Medellín*, en el proceso ordinario adelantado por *Fabiola Gómez Pérez* contra *Pedro Nel Sánchez Pizza*.

Antecedentes

I. Mediante demanda que por repartimiento le correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de *Medellín*, solicitó la mencionada demandante que con audiencia del demandado se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que se declare *resuelto el contrato* contenido en la Escritura Pública número 2.294 de 31 de diciembre de 1975, de la Notaría Décima del Círculo de *Medellín*, por incumplimiento del demandado;

b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al demandado a restituir a la demandante "las cuotas de interés social en la sociedad 'La Voz del Suroeste Limitada'", por la cantidad de ciento setenta, de un valor nominal por la suma de un mil pesos (\$ 1.000.00) cada una.

c) Que, para efecto de las prestaciones mutuas, específicamente con relación a la restitución de frutos, se considere al demandado de mala fe, según el artículo 1932 del Código Civil;

d) Que se condene al demandado a pagar a la demandante el valor de los frutos que hubiere producido el bien, y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibir la demandante con mediana inteligencia y actividad de haber tenido la cosa en su poder, cuyo valor no será inferior a trescientos mil (\$ 300.000.00), pesos habida consideración de la proporción que establece el artículo 1932 del Código Civil;

e) Que se condene al demandado a pagar a la demandante el valor de los perjuicios causados con su incumplimiento;

f) Que se sancione al demandado con las costas del proceso.

II. La demandante apoyó sus pretensiones en los hechos que seguidamente se resumen:

a) Que la demandante negoció, a título oneroso, con el demandado todo el interés social que aquella tenía en la sociedad "La Voz del Suroeste Limitada", según da fe la Escritura Pública número 2.294 de 31 de diciembre de 1975 de la Notaría Décima del Círculo de *Medellín*;

b) Que el interés social cedido por *Fabiola Gómez* a *Pedro Nel Sánchez Pizza* consistió en ciento setenta (170) cuotas o

partes, de un valor nominal de mil pesos (\$ 1.000.00) cada una;

c) El precio del negocio se convino en la suma de trescientos mil (\$ 300.000.00) pesos, que el cesionario Sánchez Pizza se obligó a pagar así: "La suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00) en los seis meses siguientes a la fecha de otorgamiento de la escritura; la suma de doscientos mil pesos, dentro de los tres años siguientes al plazo inicial", o sea, "a los tres años y seis meses contado el término desde el otorgamiento de la escritura pública de cesión";

d) Se acordó además que Sánchez Pizza pagaría intereses del uno por ciento (1%) mensual sobre saldos durante los primeros seis meses y del uno y medio por ciento (1½%) mensual en el tiempo subsiguiente. En caso de mora, el interés sería del dos por ciento (2%);

e) Pedro Nel Sánchez Pizza no ha pagado íntegramente el precio, ya que adeuda a Fabiola Gómez Pérez la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00), que debió cancelar a más tardar el último día del mes de junio de 1979, por lo que procede la resolución, con la consiguiente reparación de perjuicios.

III. Enterado el demandado de las pretensiones de la demandante, respondió en el sentido de admitir unos hechos, de negar otros, por lo que culmina con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de las excepciones que denominó de "petición antes de tiempo, pago, transacción, *exceptio non adimpleti contractus*, de contrato no cumplido y compensación parcial".

IV. El juez del conocimiento desató la primera instancia con fallo de 2 de junio de 1981, mediante el cual resolvió lo siguiente:

"1º Decláranse no probadas las excepciones formuladas en este asunto.

"2º Por el incumplimiento del cesionario en cuanto la obligación del pago íntegro del precio de cesión, queda resuelto el contrato que consta en la Escritura Pública número 2.294 de 31 de diciembre de 1975, pasada en la Notaría Décima del Círculo de Medellín, debidamente inscrita

en la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

"3º Como consecuencia de la anterior declaración de resolución el señor Pedro Nel Sánchez Pizza, debe restituir a la cedente (señorita Fabiola Gómez Pérez) las cuotas de interés social en la Sociedad 'La Voz del Suroeste Limitada', sociedad esta con domicilio en Jericó (Ant.) y constituida por Escritura Pública número 4.843 de 29 de octubre de 1973, de la Notaría Sexta de Medellín. Por su parte la demandante devolverá al demandado la parte pagada del precio.

"4º Condénase al demandado Pedro Nel Sánchez Pizza al pago de frutos en la proporción de la parte insoluta del precio y a partir del día 21 de febrero de 1980, pues hasta tal fecha pagó intereses aceptados por la demandante. Esta condena se profiere en forma genérica, para que luego la parte interesada logre su cuantía mediante los trámites del artículo 308 del Código Judicial.

"5º No procede condena por indemnización de perjuicios.

"6º La parte demandada sufragará las costas en un 70% de las mismas".

V. Inconforme el demandado con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, al cual se adhirió la parte demandante, habiendo terminado la segunda instancia con sentencia de 10 de diciembre de 1981, confirmatoria de la proferida por el *a quo*. Contra esta decisión interpuso el demandado el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal y sus motivaciones

Referidos los antecedentes del litigio, señala el Tribunal que la acción deducida es la de resolución del contrato celebrado entre los litigantes, cuya procedencia reclama la existencia de un contrato bilateral, incumplimiento del demandado y cumplimiento del demandante. Añade que si a la pretensión resolutoria se acumula la de indemnización de perjuicios, su buen suceso depende de la existencia de una obli-

gación a cargo de una parte; incumplimiento de ella; perjuicio y relación de causalidad entre éste y ese incumplimiento imperfecto o retardado.

En seguida el Tribunal sienta la siguiente reflexión:

“Si teniendo en cuenta las anteriores orientaciones de la jurisprudencia se procede al análisis del caso *sub judice* se verá cómo ninguna de las partes discute la existencia del contrato en virtud del cual la demandante Fabiola Gómez Pérez cedió a Pedro Nel Sánchez Pizza sus cuotas de interés social en la sociedad ‘Voz de Suroeste Limitada’, cesión hecha mediante escritura pública que es la forma prevista por el artículo 366 del Código de Comercio, el cual sanciona con ineficacia tal omisión. Las partes tampoco discuten acerca de alguna de las cláusulas consignadas en tal escritura.

“En lo que hace a la aseveración de la demandante en el sentido de que, a la fecha de la demanda, el cesionario le adeudaba a cuenta del valor de la cesión la tercera parte del precio acordado, tampoco lo discute el demandado. La discrepancia se presenta en lo que atañe a la razón por la cual Sánchez Pizza considera que no ha incurrido en incumplimiento sancionable en términos del artículo 1546 del Código Civil. De allí que *prima facie*, todas las condiciones de éxito de la acción resolutoria aparezcan configuradas”.

Más adelante sostiene el *ad quem* que en resumen la parte demandada basa su defensa en que si en el contrato contenido en la Escritura Pública número 2.294 de 31 de diciembre de 1975, ella se obligó a pagar el precio a un plazo fijo, tal obligación se convirtió a término indefinido, como quiera que la acreedora recibió abonos extemporáneos sin reparo alguno. Respecto de esta alegación, sostiene el Tribunal, cabe observar que a términos del artículo 366 del Código de Comercio las partes no pueden modificar consensualmente una cláusula de la escritura de cesión y, por demás, la mera tolerancia en el incumplimiento no puede tener la virtud de variar los términos de la relación contractual, “ni puede implicar la refor-

ma de los plazos de exigibilidad de las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades. El solo pago de intereses de mora implica reconocimiento del incumplimiento”.

Por último, el Tribunal aborda el análisis de los otros medios de defensa y de la situación de incumplimiento parcial del deudor de las obligaciones de su cargo, para concluir que no se abrían paso los medios exceptivos alegados por el demandado y que compartía las apreciaciones hechas por el *a quo* en materia de perjuicios.

El recurso de casación

Cuatro cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal quinta y los restantes por la primera, de los cuales se despachará el inicial por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

Mediante éste el censor, apoyado en el numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia del Tribunal de haber incurrido en nulidad al habersele dado al proceso un trámite distinto del que legalmente le correspondía.

Comienza el recurrente por destacar que la pretensión se encamina a obtener la demandante del demandado la restitución de las cuotas de interés social, como consecuencia de la previa declaración de resolución del contrato y a tales súplicas se les dio el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, siendo que la ritualidad pertinente es la del proceso abreviado de tenencia, puesto que tratándose de un contrato de linaje comercial, éste debe regirse por el código de la materia, concretamente por las disposiciones que regulan la compraventa mercantil, más exactamente por el artículo 948 que señala que en caso de mora del comprador en el pago del precio tendrá derecho el vendedor a la restitución de la cosa vendida, con sujeción al trámite del proceso abreviado de tenencia.

Culmina el censor expresando que respecto del presente litigio se imponía al juz-

gador "atender al procedimiento contemplado en el título XXII, artículo 414 a 441 del Código de Procedimiento Civil, por especial referencia contenida en el inciso segundo del artículo 948 del Código de Comercio. Y se le dio, en cambio, el trámite del procedimiento ordinario de mayor cuantía, en lugar del proceso abreviado que legalmente le corresponde".

Se considera

1. *Al igual de lo que establece la legislación civil en el artículo 1546 para los contratos bilaterales ante el incumplimiento de uno de los contratantes, la legislación comercial preceptúa que en dicho linaje de contratos, "en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios" (art. 870 del C. de Co.).*

2. *La acción resolutoria contenida en el artículo 870 del Código de Comercio que se acaba de transcribir, establecida con carácter general para todos los contratos bilaterales, se encuentra especialmente consagrada en el contrato de compraventa mercantil en pro de vendedor y comprador, tal como se desprende de los artículos 942 y 948. En efecto, el primero expresa que "en caso de resolución de una compraventa por incumplimiento del vendedor, el comprador tendrá derecho a que se le pague el interés legal comercial sobre la parte pagada del precio o a retener los frutos de la cosa en proporción a dicha parte, sin menoscabo de la correspondiente indemnización de perjuicios". Por su parte la segunda norma dispone que "en caso de mora del comprador en el pago del precio tendrá derecho el vendedor a la inmediata restitución de la cosa vendida, si el comprador la tuviere en su poder y no pagare o asegurare el pago a satisfacción del vendedor. ... La solicitud del vendedor se tramitará como los juicios de tenencia, pero podrá solicitarse el embargo o secuestro preventivos de la cosa. ... Cuando el vendedor obtenga que se decrete la restitución de la cosa tendrá de-*

recho el comprador a que previamente se le reembolse la parte pagada del precio, deducido el valor de la indemnización o pena que se haya estipulado, o la que en defecto de estipulación fije el juez al ordenar la restitución".

3. *Como situación novedosa contempla el Código de Comercio para la compraventa mercantil la posibilidad de que la acción de resolución o cumplimiento del contrato pueda ser parcial, en el singular caso de que trata el artículo 927, al preceptuar allí que "en los contratos en que se pacte la entrega de una cantidad determinada de mercaderías a un plazo fijo, no estará obligado el comprador a recibir una parte, ni aun en el caso de que el vendedor le prometa entregar el resto; pero si acepta la entrega parcial, quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, salvo el derecho del comprador a exigir el cumplimiento del resto del contrato o la resolución de la parte de éste no cumplida, previo requerimiento del deudor".*

4. *Ahora bien, no le concede la ley el mismo trámite a la acción de resolución que tiene el vendedor en el contrato de compraventa civil y en el de compraventa comercial, con motivo del incumplimiento del comprador en el pago del precio, puesto que la resolución del contrato de la primera especie se logra con sujeción a la ritualidad del proceso ordinario (arts. 398 y ss. del C. de P. C.) y la del segundo por el del proceso abreviado de tenencia (arts. 434 y ss. del C. de P. C.), al disponer el artículo 948 del Código de Comercio, para las compraventas mercantiles, que "la solicitud del vendedor —de entrega inmediata de la cosa vendida— se tramitará como los juicios de tenencia. ... Cuando el vendedor obtenga que se decrete la restitución de la cosa tendrá derecho el comprador a que previamente se le reembolse la parte pagada del precio, deducido el valor de la indemnización o pena que se haya estipulado o la que en defecto de estipulación fije el juez al ordenar la restitución".*

Entonces, en la compraventa comercial, si el comprador se encuentra en mora de pagar el precio y aún tiene la cosa en su poder, el vendedor puede solicitar, con su-

jeción al trámite del proceso abreviado de tenencia, la restitución de la cosa vendida con la consiguiente indemnización de perjuicios, lo cual se traduce o equivale a la resolución del contrato, como se desprende de los antecedentes del Código Comercial, concretamente del Proyecto de 1958 que le sirvió de fundamento (art. 20 num. 15 de la Ley 16 de 1968).

En efecto, en la Exposición de motivos al artículo 761 del Proyecto de Código de Comercio de 1958, semejante al 948 del Código vigente, se dijo lo siguiente:

“La restitución de la cosa equivale a una resolución del contrato y se decreta por el juez con conocimiento de causa, esto es, por el procedimiento que la ley procesal fije cuando el juez deba fallar con dicho conocimiento. Hoy este procedimiento está señalado por el artículo 1203 del Código Judicial vigente. No hemos conservado el ritual del juicio pleno, como sucede en la actualidad, para que el vendedor obtenga la restitución de la cosa en caso de incumplimiento del comprador, porque se nos hace irrisorio un procedimiento tan largo” (Proyecto de Código de Comercio, Tomo II, página 226, Ministerio de Justicia. 1958).

De suerte que si el criterio que exteriorizó el Proyecto de Código de Comercio de 1958 fue el de considerar que la acción de restitución de la cosa que tiene el vendedor en frente del comprador, por el no pago del precio de éste, se traduce en la resolución del contrato; y, si además, se concibió la clara idea de dotar a tal acción de un procedimiento de mayor celeridad, diferente del proceso ordinario, apenas resulta obvio considerar que la acción de resolución en la compraventa comercial, o lo que es lo mismo, cuando se solicita por el vendedor la restitución de la cosa con indemnización de perjuicios, debido a mora del comprador en pagar el precio, se debe tramitar por el procedimiento abreviado de tenencia, tal como lo señala expresamente el artículo 948 del Código de Comercio.

Es innegable que el vendedor que solicita de la justicia que se condene al com-

prador, por incumplimiento de éste respecto de su obligación de pagar el precio, con la consiguiente indemnización de perjuicios, tal pretensión es contentativa del unquilamiento del contrato, o sea, de una auténtica acción resolutoria, máxime que así se desprende de la historia de la ley, como ya quedó visto. Conviene sí observar que el artículo 948 del Código de Comercio, tal como quedó redactado no se distingue por su precisión y claridad. Con todo, sí resulta ser contentivo de la acción resolutoria.

5. En la especie de esta litis se tiene lo siguiente: a) que la demandante cedió o vendió al demandado el interés social, equivalente a 170 acciones, que tenía la primera en la sociedad comercial “La Voz del Suroeste Limitada”; b) que la demandante sindicó al demandado de haber incumplido con la obligación de pagar el precio en la forma pactada; c) que por tal virtud, la demandante solicita la resolución del contrato celebrado, la restitución de lo enajenado, con indemnización de perjuicios y otras súplicas consecuenciales; d) que a tal pretensión se le dio el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía cuando el que legalmente le correspondía era el abreviado de tenencia, a términos del artículo 948 del Código de Comercio; e) que de acuerdo con lo dicho, se ha incurrido en nulidad de lo actuado concretamente en la causal cuarta del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, vicio este que es insaneable.

6. Viene de lo dicho, que el cargo prospera.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Casa la sentencia de 10 de diciembre de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso y, actuando como tribunal de instancia decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

Envíese el expediente al Tribunal de origen, para que renueve la actuación anulada.

No hay lugar a condena en costas.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Salcedo Segura, salvó el voto; José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Se trataba, en el caso de autos, de un contrato en virtud del cual el demandante cedió al demandado su interés social en una sociedad y otorgó plazo para el pago. Como quiera que el cesionario no pagó en el tiempo estipulado, el cedente deprecó acción resolutoria del contrato, la cual fue despachada favorablemente. Contra tal decisión del *ad quem* se interpuso, concedió, admitió y tramitó recurso de casación, al desatar el cual se dictó la sentencia de que discrepo.

Prosperó el cargo que el censor enfiló por la causal quinta, por no haberse seguido el procedimiento señalado en el inciso segundo del artículo 948 del Código de Comercio, que ordena que la solicitud del vendedor se tramite "como los juicios de tenencia", es decir, un proceso de conocimiento o declarativo, dentro de la especie de abreviado.

1) *El artículo 948 es inconstitucional*

Sea lo primero advertir que el artículo 948 del Código de Comercio es, en cuanto señala procedimiento, inconstitucional, por cuanto aunque ley en sentido material, desde el punto de vista formal es un decreto expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 20 de 1968, artículo 20. Como esa norma se refiere a la expedición de un Código de Comercio, le estaba vedado al ejecutivo al hacer uso de esas facultades modificar normas legales ajenas al tema específico para el cual estaba autorizado por el legislador. Siempre que la Constitución consagra por vía de excepción la posibilidad de que el ejecutivo dicte decretos con fuerza transitoria o permanente de ley, es indispensable que éste se someta estrictamente a los parámetros que el constituyente haya trazado para el ejercicio de tan excepcionales facultades que contrarían el orden

normal de las atribuciones constitucionales. Como ciertamente en vez de limitarse a consagrar fórmulas legales propias de la regulación de la actividad comercial, el legislador extraordinario reglamentó aspecto exclusivo del régimen legal de los ritos, extralimitó sus facultades, de donde la norma así expedida deviene inexecutable, siéndole permitido a cualquier funcionario abstenerse de aplicarla en desarrollo del sistema de la excepción de inconstitucionalidad. La Corte ha debido, pues, abstenerse de aplicar el artículo glosado en cuanto insólitamente so pretexto de regular el comercio modificó y adicionó el Código de Procedimiento Civil.

2) *El artículo 948 es contrario a la técnica procesal*

Bien se ve que la norma en comento desde el punto de vista procedimental fue redactada por comercialistas. Porque ciertamente en los procesos de tenencia en manera alguna se controvierte el dominio y si en últimas todo el trámite debe concluir en la orden de restituir, es porque la restitución es apenas uno de los extremos contractuales que el demandado ha debido cumplir sin necesidad de proceso, y que, si lo necesitó, fue porque se incumplió la obligación propia del contrato respectivo. Pero en cambio en el contrato de compraventa, de donde surge apenas la obligación de transmitir la propiedad, el comprador se convierte en dueño si la referida obligación se paga; se supone que la obligación se ha cumplido desde luego que se habla de restitución, lo que implica que la cosa vendida se entregó; esa entrega que se hace en cumplimiento de una obligación de dar emanada de un contrato se llama tradición, es un modo de adquirir el dominio y, por ende, el comprador, no

por el contrato, pero sí por su cumplimiento, se convierte en dueño. De tal suerte que cualquier acción que el vendedor depreque y que esté encaminada a que le restituyan la cosa del comprador, ahora dueño, requiere necesaria e indispensablemente que el contrato de donde surgió la obligación de transmitir la propiedad se destruya jurídicamente, bien porque se declare inválido, ineficaz, nulo o anulable, ora porque siendo perfectamente válido se declare resuelto por incumplimiento. Se resuelven los contratos válidos pero incumplidos. En un simple proceso de tenencia no es posible proponer ni decidir semejantes extremos, de donde la orden de restituir resulta incausada.

Otra falla técnica procesal consiste en que se establezca un determinado procedimiento cuando el vendedor demanda al comprador, el abreviado, y otro cuando éste demanda a aquel, el ordinario, rompiendo obviamente la igualdad de los contratantes frente al proceso. Esa circunstancia impide, de otra parte, que el comprador demandado pueda defenderse con reconvencción, pues si estimare que existen razones para hacerlo, sería procesalmente imposible ante la desemejanza de los trámites de cada proceso.

3) *El artículo 948 no es aplicable al caso de autos por cuanto la cesión de interés social no es compraventa*

Prescindiendo de la obvia inconstitucionalidad del artículo 948 y de su falta de técnica, que clama una reforma, es lo cierto que el caso decidido por la Corte en la sentencia de que discuerdo no se subsume dentro de sus supuestos fácticos. En efecto, el artículo 948 requiere que haya una compraventa, que el comprador no haya pagado el precio, que la cosa no sea consumible (no confundir la consumibilidad con la fungibilidad como lo hace el artículo 951 *ibídem*), y que esté en poder del comprador. Pues bien, ninguno de estos requisitos se cumplen en el caso de autos, pues el pleito se planteó sobre la base de que no se cumplió con la obligación de hacer un pago numerario en una cesión de interés social y según el artículo

301 de la misma obra tal negocio jurídico "se tendrá como una reforma del contrato social". Darle a la cesión de interés social el tratamiento de una compraventa para aplicarle el absurdo artículo 948 y de allí deducir una nulidad, es una maniobra procesal evidentemente forzada. Pero es más, si a la cesión de interés social no la definiera el legislador como reforma del contrato social, tampoco habría lugar a catalogarla como compraventa, porque en primer lugar este contrato es entre dos, comprador y vendedor, y la cesión de interés social mínimo es entre tres, cedente, cesionario y sociedad, representada por su gerente; en segundo lugar porque la compraventa comercial tiene como objeto una mercadería y la cesión del interés social el cambio de titular de derechos universales; en tercer lugar porque en la compraventa siempre debe el vendedor entregar lo que vendió, al paso que tal entrega no es siquiera imaginable en la cesión de interés social por tratarse precisamente de derechos sobre universalidades jurídicas.

4) *En el supuesto de que la cesión fuese realmente una compraventa, no habría lugar a predicar la nulidad*

Finalmente la Corte declaró la existencia de la nulidad procesal consagrada en el numeral 4 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por haberse seguido procedimiento ordinario en vez de abreviado.

Las nulidades procesales no pueden entenderse apenas como un obsequio a la hermosa arquitectura de un proceso. La nulidad por la nulidad no tiene sentido. En el fondo hay que husmear la causa que determina toda nulidad, que en últimas no puede estar consagrada legalmente sino en defensa de principios superiores. El numeral 4 citado no es cosa distinta de la concreción legal del superior principio constitucional consignado en el artículo 26 de la Constitución Nacional. La observación de la plenitud de las formas propias de cada juicio es, en verdad, no un capricho de procesalista sino la tutela del derecho de defensa. Se supone que las for-

mas propias de cada juicio garanticen ese sagrado derecho, aun cuando ya se vio en el acápite 2 de la presente disidencia cómo a veces las normas procesales son caprichosas y absurdas. Cómo se supone que se garantice el derecho de defensa en los procesos declarativos? Mediante el traslado de la demanda, la oportunidad de pedir pruebas y practicarlas, los términos para alegar y los recursos. Nadie puede poner en duda que esas oportunidades son las mismas en el proceso ordinario que en el abreviado. Con la circunstancia de que tales oportunidades se logran en su plenitud, como lo quiere la Constitución, en los primeros. Plenitud es, en efecto, totalidad, abundancia, exceso. Podría alguien afirmar con seriedad que el demandado que ahora propone la nulidad careció de las oportunidades procesales que le garantizan su derecho de defensa porque el proceso fue ordinario en vez de abreviado? En modo alguno. Las tuvo en abundancia, a plenitud. Por qué, pues, habría que declarar una nulidad, cuyo objetivo sería en

últimas, como se dijo en la iniciación del presente acápite, un obsequio a la forma, al rito? Si se me respondiera que porque así lo ordena el Código de Procedimiento Civil, fácil sería contraargumentar que "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" (art. 4º *ibidem*). El procedimiento es un medio apenas. Convertirlo en fin, en el proceso por el proceso mismo, es una deformación contra la cual es preciso luchar. Quizás esa dolama sea una de las principales causas de la impunidad, como no sin razón pensará quien ve ahora frustrados sus esfuerzos por obtener cumplida justicia a trueque de darle plena operancia a una norma procesal, que en nada impidió la defensa de su demandado.

Queda en la anterior forma sintetizado mi pensamiento que me llevó a disentir del criterio de mayoría.

Bogotá, D. E., febrero 8 de 1983.

Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

La Corte no encuentra ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado en el proceso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., febrero dieciocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Procede hoy la Corte a decidir lo pertinente en la consulta que para su sentencia de 29 de octubre de 1982, ordenó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Bucaramanga*.

Antecedentes

1. Mediante escrito que fue presentado el 30 de marzo de 1981 ante el referido Tribunal Superior, *José Antonio Rueda Serrano* demandó a su cónyuge *María del Carmen Rueda de Rueda* a efecto de que, previa la tramitación del proceso abreviado, se decretase la *separación indefinida de cuerpos* en el matrimonio católico contraído por ellos; y se declarase, consecuentemente, disuelta la correspondiente sociedad conyugal.

2. En su libelo, el demandante invocó, hechos constitutivos de la *causa petendi*, los que sustancialmente quedan comprendidos dentro de las siguientes afirmaciones:

Que él contrajo matrimonio católico con la mentada *María del Carmen Rueda*, en la Iglesia de Nuestra Señora del Carmen de Barrancabermeja el 17 de mayo de 1975; que dentro de dicha unión connubial los contrayentes procrearon a *Sara del Carmen Rueda Rueda*, cuyo nacimiento ocu-

rrió el 10 de marzo de 1976; y que la demandada, con su conducta, ha incurrido en la causal segunda que para la separación de cuerpos consagra la Ley 1ª de 1976, pues ha habido de su parte absoluto abandono de sus deberes de esposa y de madre.

3. Como a la demandada no se la encontró para notificarle el auto admisorio de la demanda, el demandante, afirmando desconocer su paradero, solicitó se tramitara el procedimiento edictal para hacerla comparecer.

Muy a pesar del emplazamiento público que se le hizo, la demandada no compareció al proceso y por tal razón se le designó curador *ad litem*, a quien, una vez posesionado del cargo, se le notificó personalmente el auto admisorio de la demanda y se le corrió ésta en traslado.

Dentro de dicho término el curador contestó la demanda, oponiéndose a las súplicas deducidas y expresando "que los hechos deben probarse".

4. El Tribunal *a quo*, previo el intento de realizar las audiencias de conciliación, que se frustró por la incomparecencia de las partes, decretó y practicó algunas de las pruebas pedidas por el demandante; y surtida que fue toda la tramitación de la primera instancia del proceso le puso fin con su sentencia de 29 de octubre pasado, mediante la cual, al encontrar probados los hechos fundamentales de la causal invocada para la separación, acogió las súplicas de la demanda.

Dicha sentencia ha venido en consulta a la Corte, la que, para decidir, formula las siguientes

Consideraciones

1ª Ningún reparo le merecen a la Sala los presupuestos procesales indispensables para proferir sentencia de mérito; ni advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

2ª La legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, se halla realmente configurada, pues con el certificado de 26 de febrero de 1981, expedido por el Notario Segundo del Círculo de Barrancabermeja, oportuna y legalmente aducido al proceso, se acredita idónea y suficientemente el matrimonio católico contraído entre ellos por el demandante y la demandada, desde el 17 de mayo de 1975.

Y con el certificado expedido por el Notario Primero del mismo círculo queda comprobado, de otra parte, el nacimiento de Sara del Carmen Rueda Rueda, hija de los cónyuges querellantes y quien, según la fecha de su nacimiento, es aún menor de edad.

3ª Estimó el Tribunal Superior de Bucaramanga, y es esta la razón fundamental de su fallo estimativo de las pretensiones del demandante, que las pruebas testimonial y documental aquí practicadas son más que suficientes, para tener por demostrado el grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposa y de madre en que incurrió la demandada.

Analiza en conjunto los testimonios de Ana Victoria Matoma Aroca, Carlos Arturo García Rueda, Erasmo Enrique Egea Serrano, Agustín Aguirre, Teófilo Velásquez y Pedro Emilio Tovar Flórez, quienes concordemente aseveran que la demandada, sin justificación alguna, abandonó a su

esposo y a su hija, sin que se sepa dónde vive en la actualidad.

4ª Y en verdad que la Corte, luego de aquilatar todo el proceso, no encuentra reparo qué formular al análisis que el Tribunal *a quo* hizo de la prueba practicada en él ni tampoco al derecho discernido en la sentencia que se revisa.

Los testimonios recibidos, que a juicio de la Corte son responsivos, exactos y completos, unidos a la circunstancia de que la demandada muy a pesar de haber sido emplazada, no compareció al proceso, dan base suficiente para inferir, como lo dedujo el *a quo*, que la mentada María del Carmen Rueda viene incumpliendo injustificadamente, desde hace varios años, todos los deberes que a su calidad de esposa y madre le corresponden según la ley.

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, *Confirma* la sentencia materia de esta consulta, o sea la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 29 de octubre de 1982.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

De cómo en los procesos de separación de matrimonios católicos de que en virtud del Concordato conocen los Tribunales y la Corte únicamente se pueden invocar causales canónicas sin medidas cautelares

1) *El católico, único matrimonio válido*

Desde la expedición en la Madre Patria del ordenamiento de Alcalá de Henares, entran en vigencia con carácter legislativo las *Siete Partidas* de don Alfonso Décimo *El Sabio*. No obstante ser norma supletoria y siempre en un último lugar, las Partidas por fuerza de su bondad intrínseca fueron el Código de Derecho Privado, y aun público, por antonomasia. El estatuto de don Alfonso el Décimo fue especialmente una obra en donde lo jurídico, lo moral y lo religioso se mezclaron en una perfecta simbiosis, de suerte tal que todos los sacramentos de la Iglesia Católica tuvieron efectos jurídicos. El bautismo, por ejemplo, era el requisito indispensable para que el nacido adquiriese la calidad de sujeto del derecho. Y desde luego el matrimonio sacramental era el único que tenía connotación jurídica.

A partir del descubrimiento de América las Partidas trasladan su vigencia al Nuevo Mundo con el mismo carácter supletorio, con la advertencia de que en las tierras descubiertas figuraban siempre como primera norma aplicable las Leyes de Indias. Fue entre nosotros, en consecuencia, el matrimonio católico el único válido ante el derecho, como consecuencia de la vigencia de la legislación castellana en América.

Producida la emancipación, los legisladores de la naciente república optaron por conservar la vigencia de algunas leyes españolas mientras se promulgaban los Códigos propios. Por virtud de la Ley 13 de mayo de 1825 se estableció el orden de prelación en que debían aplicarse las normas cuya vigencia se estableció. Reza así: "Ar-

tículo 1º El orden en que deben observarse las leyes en todos los tribunales de la República; civiles, eclesiásticos y militares así en materias civiles como criminales, es el siguiente: 1º) Las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el poder legislativo; 2º) Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observación bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la República; 3º) Las leyes de la Recopilación de Indias; 4º) Las de la Nueva Recopilación de Castilla y 5º) las de Las Siete Partidas".

De conformidad con lo anterior durante los primeros años de la República el único matrimonio válido era el católico, reglamentado tanto en el Código Canónico como en Las Siete Partidas, obra que conservó su vigencia como ley colombiana.

2) *Intentos de laicizar el matrimonio*

La situación anterior se mantiene hasta el 20 de junio de 1853, fecha en que se expide por el Congreso una ley sobre matrimonio y divorcio vincular. Esa ley consagra que el único matrimonio será el que se celebre ante uno de los jueces parroquiales del distrito.

La vigencia exclusiva del matrimonio laico no fue prolongada, pues se modificó en virtud de la Ley de 8 de abril de 1856, cuyo artículo 30 dispuso: "Es válido, para los efectos civiles, el matrimonio celebrado conforme al rito religioso de los contrayentes, con tal de que después de la celebración comparezcan ante el notario o

juez del distrito de la vecindad de la mujer, y dos testigos, y expresen que ha habido mutuo y libre consentimiento y concurren las cualidades y condiciones de que trata el artículo 2º de esta ley. El notario o juez extenderá en el registro respectivo un acta de lo ocurrido, conteniendo lo mismo que la prevenida por el artículo 27, y dará a los interesados las copias que soliciten". Finalmente, por virtud de su artículo 69 "se deroga la Ley de 20 de junio de 1853".

Queda, pues, perfectamente en claro que la primera vez que en una forma expresa se le concedió efectos jurídicos al matrimonio sacramental en la época republicana fue por un acto omnímodo del estado colombiano y no por tratado concordatario. Obsérvese, además, que la referida validez debe predicarse de cualquier matrimonio religioso, no solamente del católico.

Consagrado el sistema federativo en la Constitución de 1858 y refrendado luego con la de 1863, los estados soberanos confederados, en ejercicio de su autonomía legislativa, fueron dictando sus propios códigos civiles, todos a imitación del chileno de 1856, en los cuales fijaron unilateralmente, sin Concordato, su posición frente al matrimonio y al divorcio. Así, en Cundinamarca, por virtud del Código Civil de 8 de enero de 1859, se consagró el matrimonio civil ante notario o juez, sin divorcio vincular, y se reconocieron efectos civiles al matrimonio católico. En Santander en el Código de 1859, se consagró exclusivamente el matrimonio civil con divorcio vincular, por la voluntad de uno de los cónyuges (art. 111). En Magdalena se consagró exclusivamente el matrimonio civil con divorcio vincular. En Panamá, en el Código sancionado el 23 de octubre de 1880, se estableció el matrimonio civil exclusivo ante notario o juez (art. 106, 107 y 126) con divorcio vincular (arts. 182 y 183). En Antioquia, en el Código de 1864, se estableció exclusivamente el matrimonio civil celebrado ante notario o juez (arts. 100, 101 y 121) sin divorcio vincular (art. 177). En Boyacá, en virtud del Código de 10 de noviembre de 1864, se consagró exclusivamente el matrimonio civil ante notario o juez (arts. 99 y 119) sin di-

vorcio vincular (art. 175). En Cauca, por mandato del Código (Ley 283 de 1869), matrimonio civil exclusivamente ante notario público o ante cualquier autoridad judicial o política (art. 123), sin divorcio vincular (art. 179). En los territorios nacionales, en virtud del Código de 26 de mayo de 1873, matrimonio civil exclusivo sin divorcio vincular. Y finalmente Bolívar, ya en las postrimerías del régimen Federalista, en el Código de 29 de noviembre de 1883, matrimonio civil exclusivo ante juez (arts. 265 y 292) con divorcio vincular, aun por el "mutuo consentimiento de los cónyuges" (art. 357).

3) *Los matrimonios laico y canónico en pie de igualdad*

Como consecuencia de la reestructuración de la nación colombiana como un estado unitario dejaron de regir los distintos códigos civiles que habían sido promulgados en cada uno de los estados soberanos, en la forma expresada en párrafo anterior y fue preciso expedir uno solo que rigiera en toda la República. La Ley 57 de 1887, "sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional", dispuso en su artículo primero: "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esa ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes: el Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873". Ya está dicho que ese Código consagró en forma exclusiva el matrimonio civil sin divorcio vincular. Así quedó, en principio, establecido para toda Colombia como consecuencia de la adopción de ese Código. Empero, como a raíz del cambio estructural del estado soplaban vientos nuevos sobre el criterio religioso, la propia Ley 57 de 1887 consagró en punto a matrimonios aspectos trascendentales en los artículos 12, 17, 18 y 19, que se transcriben.

"Artículo 12. Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico".

"Artículo 17. La nulidad de los matrimonios católicos se rige por las leyes de la Iglesia y, de las demandas de esta especie corresponde conocer a la autoridad ecle-

siástica. Dictada sentencia firme de nulidad por el Tribunal eclesiástico, surtirá todos los efectos civiles y políticos, previa inscripción en el correspondiente libro de registro de instrumentos públicos”.

“Artículo 18. Lo dispuesto en el artículo anterior sobre causas de nulidad se aplica igualmente a los juicios de divorcio”.

“Artículo 19. La disposición contenida en el artículo 12 tendrá efecto retroactivo. Los matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo, surtirán todos los efectos civiles y políticos desde la promulgación de la presente ley.

La mujer que al tiempo de la expedición de esta ley se halla casada católica mas no civilmente, podrá conservar la administración de sus bienes, y celebrar con el marido dentro del término de un año, capitulaciones matrimoniales”.

Los trascendentales aspectos que contienen los artículos transcritos pueden resumirse así:

Fue el ordenamiento jurídico colombiano en forma autónoma el que le dio efectos civiles al matrimonio católico.

Fue el ordenamiento jurídico colombiano el que en forma autónoma le delegó su jurisdicción para conocer de los procesos de nulidad y divorcio (no vincular) de matrimonios católicos a los tribunales eclesiásticos.

Los matrimonios católicos celebrados con anterioridad, cuando no tenían ningún efecto jurídico, salvo en el estado soberano de Cundinamarca, fueron declarados retroactivamente válidos cualquiera que haya sido la época pretérita y el lugar en que se celebraron, pero únicamente “desde la promulgación de la presente ley”.

Posteriormente, pero todavía antes del Concordato, la Ley 153 del mismo año de 1887 ratificó, complementó e interpretó por vía de autoridad los artículos de la Ley 57 antes transcritos, por virtud de los 16, 21, 50 y 51, que por su importancia también se transcriben.

“Artículo 16. La legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República”.

“Artículo 21. El matrimonio podrá por ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita, y válidos en sus efectos civiles, a partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país, en cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación”.

“Artículo 50. Los matrimonios celebrados en la República en cualquier tiempo conforme al rito católico, se reputan legítimos y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, en cuanto ese beneficio no afecte derechos adquiridos por actos o contratos realizados por ambos cónyuges, o por uno de ellos, con terceros, con arreglo a las leyes civiles que rigieron en el respectivo Estado o Territorio antes del 15 de abril de 1887.

“Queda así explicado el artículo 19 de la Ley 57 de 1877 con arreglo al 21 de la presente”.

“Artículo 51. De los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, conocerán, exclusivamente, los tribunales eclesiásticos, con arreglo a las leyes canónicas, y la sentencia firme que recaiga producirá todos los efectos civiles, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 57, artículos 17 y 18”.

La diferencia fundamental entre la Ley 57 y la 153 está en el momento desde el cual se declara retroactivamente válido y con efectos civiles el matrimonio católico. Para aquélla, desde su promulgación. Para ésta, desde que se administró el sacramento.

Surge de todo lo anterior, con la calidad de argumento apodictico, que los efectos civiles del matrimonio sacramental y la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos fue obra de leyes autónomas del Estado colombiano y no producto de tratados con la Santa Sede.

4) *El Concordato de 1887*

Con posterioridad a la vigencia de las citadas Leyes 57 y 153 se firmó el Concordato de 1887 que en el fondo nada

agregó a lo que el Estado colombiano tenía prescrito. Obsérvese, sin embargo, que el Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888 nada estableció sobre la validez civil de los matrimonios católicos celebrados en épocas en que los ordenamientos jurídicos de los Estados soberanos se la suprimían. Y en punto a libertad para celebrar el civil o el canónico, el Concordato, al parecer debido a una mala traducción del texto latino firmado en Roma el 31 de diciembre de 1887, impuso como obligatorio el matrimonio canónico para los bautizados, así se hubiesen separado de la Iglesia en desarrollo de la libertad de conciencia consagrada en la Constitución. Para obviar los graves trastornos que creó el traductor, fue preciso primero la expedición de la Ley 54 de 1924 y luego pactar un nuevo Concordato con la Santa Sede, que fue aprobado por Ley 20 de 1974. De todo lo anterior se concluye que el régimen que el Estado colombiano no estableció autónomamente en las Leyes 57 y 153 fue mejor para el país que el concordatario.

Hubo, pues, en las Leyes 57 y 153 de 1887 una delegación de jurisdicción por parte del Estado en favor de los tribunales eclesiásticos. Tal delegación se concretó exclusivamente a lo referente con la nulidad y el divorcio no vincular de los matrimonios católicos. Nada más. De suerte que a partir de la vigencia de la Ley 57 de 1887 solamente esos aspectos pueden ser tratados por los Tribunales eclesiales, siéndoles vedado, por tanto, cualquier decisión sobre aspectos tales como depósito o guarda de hijos, alimentos entre cónyuges o de uno de éstos o ambos a los hijos y fundamentalmente sobre sociedad de bienes: no podían, ni pueden los tribunales eclesiásticos decretar disolución de la sociedad conyugal ni mucho menos liquidarla. Lo anterior quedó plasmado en la parte final del artículo 19 del Concordato de 1887 en los siguientes términos: "Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el Poder Civil".

5) *Las medidas cautelares*

En desarrollo de lo establecido en los artículos 18 de la Ley 57 y 16 y 51 de la

Ley 153 de 1887, el artículo 4º de la Ley 95 de 1890 dispuso que: "En las causas de divorcio de matrimonio católico corresponde a los jueces del circuito de la residencia de la mujer o de la vecindad del marido, a prevención, adoptar las providencias de que tratan los artículos 157 y 158 del Código Civil. Para el cumplimiento de lo que aquí se dispone deberá presentarse al juez un certificado de la respectiva autoridad eclesiástica en que conste que ha sido admitida la demanda de divorcio".

¿A qué se refieren los artículos 157 y 158 del Código Civil a los que la ley transcrita remite? A las medidas cautelares que el juez podía tomar en los procesos de divorcio no vincular de matrimonio civil, a saber: 1º Separación de cuerpos de los cónyuges; 2º Depósito de la mujer; 3º Guarda de los hijos; 4º Alimentos provisionales para la cónyuge y los hijos; 5º Adopción de medidas similares a las previstas para el evento del hijo póstumo cuando quiera que la mujer en el momento del divorcio estuviera embarazada y 6º Las medidas provisionales que el juez estime conveniente para que el marido, en ese entonces único administrador de la sociedad conyugal, no cause perjuicios a los bienes de la mujer ni a los gananciales que pudiera corresponderle.

Varias puntualizaciones es necesario hacer frente a la legislación de 1890, a saber: a) Que en ese entonces las expresiones "divorcio", empleadas tanto para el matrimonio católico como para el civil, no implicaban terminación del vínculo, es decir, no era divorcio vincular, sino simple separación de mesa, lecho y habitación. Es preciso hacer hincapié en lo anterior porque, como se verá posteriormente, por virtud de la Ley 1º de 1976, se creó para el patrimonio civil el divorcio vincular y se instituyó, simultáneamente, pero también para el matrimonio católico la separación de cuerpos. b) Que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 95 de 1890, la competencia relacionada con el divorcio de matrimonio católico estaba dividida así: El decreto de divorcio correspondía a las autoridades eclesiásticas, las medidas cautelares respecto a los efectos

puramente civiles del divorcio correspondía a las autoridades jurisdiccionales civiles, previa certificación de la existencia de la causa de divorcio expedida por aquellas.

Así las cosas, a finales de la centuria anterior y comienzos de la presente, tanto para los matrimonios católicos como para los civiles existía la posibilidad de las siguientes causas o procesos: 1. Nulidad. De los matrimonios católicos conoce la jurisdicción eclesiástica y de los civiles la jurisdicción estatal. 2. Divorcio no vincular o sea la separación de cuerpos. De los matrimonios católicos conocía exclusivamente para decretarla la jurisdicción eclesiástica y de las medidas cautelares respecto a los efectos puramente civiles del divorcio, la jurisdicción Estatal; de los matrimonios civiles conocían los jueces del circuito, y 3. Los procesos de separación de bienes, o sea aquellos que solamente afectan lo relacionado con la administración y la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal. De los procesos respectivos conocen exclusivamente los jueces civiles. Es de advertir sobre el particular que en virtud de la Ley 8ª de 1922, artículo 2º, "Son también causales de separación de bienes las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil, y la disipación y el juego habitual de que trata el artículo 534 del Código Civil". La jurisprudencia uniforme de entonces estableció que las causales de divorcio convertidas en causales de separación de bienes eran aplicables tanto al matrimonio civil como al católico y en ambos eventos era competente el juez civil.

6) *La Ley Concha y la Ley 28*

Siguiendo el desarrollo cronológico de la evolución legal sobre matrimonio, con posterioridad a la Ley 8ª de 1922 se dictó la Ley Concha (54 de 1924), en virtud de la cual se permitió que los católicos (los bautizados) pudieran celebrar válidamente matrimonio civil, previa apostasía.

Viene luego la trascendental Ley 28 de 1932, por la cual se le dio plena capacidad a la mujer casada, su marido dejó de ser

su representante legal y se estableció la administración simultánea y autónoma de ambos cónyuges de los bienes de la sociedad conyugal, lo cual ha hecho expresar a no pocos juristas que tal institución parajódicamente nace cuando se extingue, ya que durante la vigencia de la sociedad conyugal cada cónyuge administra bienes propios o gananciales con total independencia y libertad, como si la sociedad no existiera.

7) *El intento fallido de reformar el Concordato*

Antes del Concordato de 1974 hubo un intento de aprobación de una Convención Reglamentaria del de 1888, que alcanzó a ser suscrita en la Ciudad del Vaticano el 22 de abril de 1942 entre el Cardenal Maglione y el embajador Darío Echandía. En el artículo 10 se estipulaba: "La Santa Sede consiente que las causas de separación de cuerpos sean juzgadas por los jueces del Estado".

Antes de firmar el proyecto de Convención Reglamentaria entre el secretario del Estado de su Santidad, Cardenal Maglione, y el embajador Echandía, éstos intercambiaron notas con fecha 4 y 6 de abril, en las cuales la Santa Sede planteó: "En lo tocante además al artículo 10, que trata de la competencia en las causas de separación personal, permitirá Vuestra Excelencia que yo reclame desde ahora una garantía que la Santa Sede considera indispensable para proceder, en la materia, a una reforma, que no dejará de provocar sorpresa en el Clero y los Católicos de Colombia. Sabe muy bien Vuestra Excelencia que de acuerdo con el artículo 10, la Santa Sede conviene en que las causas de separación personal, que hasta ahora han sido de la competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos, sean juzgadas por los Tribunales del Estado. Sabe así mismo Vuestra Excelencia que el Código de Derecho Canónico (cánones 1128-1132) contempla algunas razones de carácter religioso en virtud de las cuales puede pedirse la separación personal, razones de que no se hace mérito en los Códigos Civiles, como por ejemplo, la apostasía de uno de los cónyuges, el peligro de perversión re-

ligiosa o moral del otro cónyuge y la educación católica de la prole. El embajador Echandía respondió: "Tengo instrucciones para asegurar a Vuestra Eminencia Reverendísima que mi gobierno entiende que al aplicar el artículo 10 de la nueva Convención, los tribunales civiles colombianos deberán tener en cuenta como causales de separación de cuerpos en el matrimonio católico no sólo los de la ley civil, sino también las previstas en el canon 1131 del Código de Derecho Canónico y qué tiene carácter puramente religioso".

De conformidad con todo lo anterior se observa que la proyectada reversión de jurisdicción en el Convenio de 1942 no tocó para nada la competencia de los tribunales colombianos, vale decir, en cuál de ellos se concretaba la revertida jurisdicción, de donde se infiere que los asuntos sobre los cuales la jurisdicción revierte se sujetaban al régimen procesal común en materia de competencia.

No habiendo sido ratificado el Concordato de 1942, jamás entró en vigencia.

8) *El Concordato de 1973*

Bien diferente fue la reversión de jurisdicción que se concretó en el Nuevo Concordato suscrito entre el canciller Vásquez Carrizosa y el Nuncio Apostólico en Bogotá Monseñor Angelo Palmas el 12 de julio de 1974, aprobado por la Ley 20 de 1974. En su artículo noveno se estipuló: "Las altas partes contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia". Como puede colegirse de la lectura del texto concordatario transcrito, entre el Estado y la Santa Sede se llegó a un acuerdo para revertir la jurisdicción antes delegada, pero también para regular la competencia del Estado colombiano en frente de la recuperada jurisdicción, la cual se concretó en la primera instancia en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y para la segunda en la Corte Suprema de Justicia.

Es necesario puntualizar de qué aspectos conocen los Tribunales y la Corte como consecuencia de la aprobación del Concordato por virtud de la Ley 20 de 1974. Sin la menor duda estas entidades conocían, recién aprobada esa ley, de las causas de divorcio no vincular o de separación de cuerpos de matrimonios canónicos. Las dos expresiones eran en ese momento sinónimas. Las causales que podían invocarse eran exclusivamente las canónicas, es decir, las consagradas en el Código Canónico como lo mandan los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887 y el 51 de la Ley 153 de ese mismo año; en otras palabras, los tribunales superiores del distrito judicial y la Corte conocían exclusivamente de lo que antes correspondía a los tribunales eclesiásticos.

9) *La derogación de la Ley 95 de 1890*

Corolario de todo lo anterior es que los efectos puramente civiles del matrimonio derivados del divorcio canónico no vincular o separación de cuerpos se seguían rigiendo por el artículo 4º de la Ley 95 de 1890, que a raíz del Concordato conservó inicialmente su plena vigencia. Piénsese simplemente en los negocios en curso en los tribunales eclesiásticos que pasaron a los tribunales superiores de distrito. Las causales iniciales fueron y siguieron siendo canónicas.

Aprobado el Concordato por la Ley 20 de 1974 el Congreso expidió la Ley 24 del mismo año, por la cual autorizó al presidente de la República para modificar todos aquellos artículos del Código Civil que contenían normas discriminatorias entre los sexos y para derogar las leyes que le fueren contrarias, todo ello con el fin de otorgar igualdad de derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones. En ejercicio de esas facultades extraordinarias el presidente dictó el Decreto 2820 del mismo año. Es evidente que tanto la ley como el decreto fueron posteriores a la Ley 20 de 1974. El artículo 70 de ese decreto dijo derogar expresamente el artículo 4º de la Ley 95 de 1890. Recuérdese que tal norma le atribuía competencia específica a los jueces civiles del circuito para conocer de

medidas cautelares del divorcio canónico no vincular o separación de cuerpos.

10) *Competencia actual sobre medidas cautelares*

¿El hecho de haber derogado el Decreto 2820 de 1974 el artículo 4º de la Ley 95 de 1890 le otorgó competencia a los tribunales y a la Corte para conocer de todo aquello de que conocían ante los jueces civiles del circuito? Evidentemente no. Una cosa es derogar una norma que da competencia a alguien para algo y otra muy distinta es atribuir esa competencia derogada a otra persona o entidad. El artículo 70 simplemente derogó la norma que otorgaba competencia a los jueces civiles del circuito pero en su reemplazo no estableció ninguna competencia en favor de los tribunales o la Corte.

Debe dejarse muy en claro que por virtud del Concordato aprobado por la Ley 20 de 1974 se atribuyó competencia a los tribunales y a la Corte para conocer del divorcio canónico no vincular o separación de cuerpos, pero en manera alguna para todo aquello relacionado con los efectos puramente civiles que produjera o pudiera producir la sentencia. Lo primero porque sobre el particular nada dijo el Concordato. Lo segundo porque el punto estaba regulado en el artículo 4º de la Ley 95 de 1890, que siguió vigente a raíz del Concordato y por ello fue menester derogarlo por ley posterior, como quedó puntualizado atrás. Sobre el particular no sobra hacer hincapié una vez más en que por el Concordato de 1974 simplemente se revirtió al Estado la jurisdicción que antes había delegado autónomamente éste a la Iglesia. Por manera que situado el problema en la fecha en que se expidió el Decreto 2820 de 1970, en diciembre de ese año, es evidente que ni los Tribunales ni la Corte tenían competencia para conocer de todas aquellas medidas cautelares y alimentarias que desde el siglo pasado venían conociendo los jueces civiles del circuito por mandato del artículo 4º de la Ley 95 de 1890 que en ese momento se derogó. Derogada esa norma no puede afirmarse que de allí nazca competencia para los Tribunales o la Corte.

11) *La Ley 1ª de 1976 y las medidas cautelares*

Vino luego un movimiento legislativo que incide en el tema y fue la expedición de la Ley 1ª de 1976 por la cual se estableció por primera vez en este siglo y para toda la República el divorcio vincular para el matrimonio civil. Como consecuencia de lo anterior en esa misma ley se creó una institución totalmente nueva: la separación de cuerpos. Vale decir, que los términos "divorcio" y "separación de cuerpos en matrimonio civil" dejaron de ser sinónimos y desde entonces se refieren a instituciones diferentes, cada una de ellas con causales propias y efectos precisos y determinados. A partir de entonces, en consecuencia, en el matrimonio civil quedaron plasmadas cuatro instituciones diferentes a saber: nulidad, divorcio (vincular), separación de cuerpos y separación de bienes. Debe hacerse hincapié en que la separación de cuerpos tiene sus causales autónomas, una de las cuales es el mutuo acuerdo de los cónyuges.

La nueva institución de la separación de cuerpos, diferente del divorcio, es aplicable tanto a los matrimonios civiles, para los cuales se concibió inicialmente, como para los matrimonios canónicos, por mandato expreso de la citada Ley 1ª de 1976, artículo 29, que dice: "La presente ley se aplicará en cuanto al divorcio, a los matrimonios civiles, y en cuanto a la separación de cuerpos y la separación de bienes, a los matrimonios civiles y católicos, tanto los que se celebren con posterioridad a su vigencia, como los celebrados con anterioridad a ella". Por manera que, a partir de 1976 existen en ambos matrimonios, el civil y el canónico, cuatro instituciones autónomas y diferentes entre sí, a saber: 1ª La nulidad. 2ª El divorcio (vincular para aquéllos y no vincular para éstos). 3ª La separación de cuerpos, idéntica para ambos y 4ª La separación de bienes, igual para ambos.

¿Cuáles son actualmente los jueces competentes para conocer de cada una de las cuatro instituciones referenciadas? 1ª De la nulidad del matrimonio conocen los jueces civiles del circuito en relación con el

civil y los tribunales eclesiásticos en relación con el católico. 2ª Del divorcio conocen para el civil, que es divorcio vincular y tiene causales específicas en el Código Civil, los jueces civiles del circuito, y, para el católico, divorcio no vincular, también llamado antes separación de cuerpos, por causales específicas y exclusivamente canónicas (artículo IX del Concordato de 1974), en concordancia con el 17 y 18 de la Ley 57 y 51 de la Ley 153, los tribunales superiores de distrito judicial y la Corte. 3ª De la nueva institución de la separación de cuerpos creada y definida por la Ley 1ª de 1976 conocen, en igualdad de circunstancias, puesto que la ley que la creó no estableció sobre el particular ninguna diferencia, los jueces civiles del circuito tanto en relación con el matrimonio civil como en el católico; obsérvese que en esta clase de procesos son aplicables todas aquellas medidas cautelares de tipo puramente civil a que antes se refería el artículo 4º de la derogada Ley 95 de 1890, y 4ª De la separación de bienes conocen, también en un plano de absoluta igualdad, los jueces civiles del circuito, con la advertencia de que si es por mutuo acuerdo, tanto en el matrimonio civil como en el católico, se puede realizar mediante un negocio jurídico solemne (escritura pública) sin intervención de ningún funcionario jurisdiccional estatal o eclesiástico.

Conclúyese de todo lo que hasta aquí queda dicho, que hogaño la competencia de los tribunales superiores y la Corte, en punto a matrimonio católico, se limita a conocer de todo aquello de que antaño conocían los tribunales eclesiásticos sobre divorcio no vincular, por causales puramente canónicas. Que ni antes de la Ley 1ª de 1976 ni después de esa norma han conocido ni conocer pueden de las medidas cautelares que antes estaban reguladas por la Ley 95 de 1890, después quedaron transitoriamente sin regulación a raíz de la expedición del Decreto 2820 de 1974, y ahora son situaciones propias de la nueva institución de la separación de cuerpos de matrimonios tanto civiles como católicos.

La Corte ha venido sosteniendo que tanto los tribunales como ésta son competen-

tes para conocer de las medidas cautelares por expresa disposición de la Ley 1ª de 1976, artículo 27, parágrafo 1º, que dice: "A los procesos de separación de cuerpos de matrimonios civiles y canónicos, en lo que fuere pertinente, se aplicarán las normas del presente artículo. "¿A cuáles procesos se refiere? A los de separación de cuerpos que en un plano de igualdad creó esa ley y en modo alguno a los de divorcio no vincular de matrimonio católico, que según el nuevo Concordato son de competencia de los tribunales y la Corte.

Pero si llegare a sostenerse ahora que la Ley 1ª de 1976 modificó el Concordato aprobado por la Ley 20 de 1974, por ser ley posterior, deben tenerse en cuenta los siguientes principios fundamentales: 1º Recientemente, en sentencia de 1º de septiembre de 1983, la Sala Plena de la Corte, con el voto afirmativo de todos los señores magistrados que firman el auto de que discrepo, con excepción del suscrito, ratificó la tesis de la incompetencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra leyes aprobatorias de tratados. Se dijo allí también que así como la Corte no puede declarar inexecutable la ley aprobatoria, tampoco puede el Congreso derogarla ni modificarla. 2º De conformidad con el pensamiento claramente expuesto por los compañeros de Sala, aplicado al caso del Concordato la tesis reciente, es evidente que la Ley 1ª de 1976 no puede derogar, subrogar o adicionar el Concordato, sin la anuencia de la Santa Sede. 3º Por tanto, de la separación de cuerpos creada por la Ley 1ª con causales legales, que incluye el mutuo acuerdo, conocen los jueces civiles del circuito tanto para matrimonio civil como canónico, con medidas cautelares, y del proceso de divorcio no vincular de matrimonio católico, que necesariamente se debe proponer por causales canónicas, conocen los tribunales y la Corte, sin medidas cautelares.

Corolario de todo lo que se deja planteado es que los tribunales y la Corte carecen de competencia para decretar medidas cautelares en los procesos de divorcio no vincular de que conocen en virtud del Concordato.

12) *La Ley 1ª de 1976 y las causales*

En el punto concreto de las causales para invocar la separación de lecho, mesa y habitación de que trata el Derecho Canónico, necesario es precisar que a raíz de la entrada en vigencia del Concordato de 1973, aprobado por la Ley 20 de 1974, sin sombra de hesitación las causales que debían invocarse eran las canónicas, como hasta ese momento había venido ocurriendo ante los tribunales eclesiásticos. Piénsese que en el Concordato nada se dijo en materia de causales, luego tal régimen quedó inmodificado. Recuérdese, además, como elemento histórico interpretativo, que en las conversaciones para el frustrado Concordato de 1942 la Iglesia insistió en que se respetaran las causales canónicas, pese a que aceptó que los procesos de divorcio no vincular se tramitaran ante los jueces del Estado. Y finalmente, hacia atrás en el tiempo, téngase en cuenta que cuando el Estado delegó autónomamente su jurisdicción a la Iglesia, estipuló en los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887 y en el 51 de la Ley 153 del mismo año que los procesos se regirían por "la ley de la Iglesia". Si el Concordato de 1974 hubiese contenido un cambio de tal magnitud como es el de que los casados por lo católico se separen por causales civiles, obviamente así lo habrían expresado con claridad. El interrogante que hay que resolver es el de si una ley posterior a la aprobatoria del Concordato pudo haber modificado el tratado en ese aspecto tan esencial.

El artículo 18 de la Ley 1ª de 1976 establece: "Son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio en cuanto no fueren incompatibles con ella". ¿A cuál separación de cuerpos se refiere la Ley 1ª? ¿A la separación de lecho, mesa y habitación del matrimonio canónico, llamada también divorcio no vincular o separación de cuerpos, que fue regulada por el Concordato de 1973 exclusivamente en punto a competencia? ¿O a la separación de cuerpos que como institución autónoma creó la Ley 1ª de 1976, en un plano de igualdad para matrimonios civiles y canónicos? A esta última, sin la menor duda, que fue creada en virtud del artículo 15 de

la ley citada, y que según el 29 de la misma se aplica por igual a los matrimonios civiles y canónicos.

Si se dijera que la Ley 1ª de 1976 modificó el régimen de la separación establecido por los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887 y 51 de la Ley 153 del mismo año, según los cuales ésta "se rige por las leyes de la Iglesia", para que esa separación de cuerpos o divorcio no vincular o separación de lecho, mesa y habitación, de ahora en adelante se rija por las leyes de Estado, habría que sostener que la citada Ley 1ª contiene un cambio fundamental al régimen concordatario. Ni más ni menos habría sustituido las leyes del contrato canónico por las posteriores del Estado. Entonces, ¿podía hacerlo unilateralmente una de las Altas Partes Contratantes? Evidentemente no. Rompería ciertamente el régimen internacional público que consagra métodos para modificar los tratados, y el Concordato es uno de ellos. ¿Podría pensarse, entonces, que no substituyó "las leyes de la Iglesia" en materia de causales, sino que simplemente adicionó las leyes de la Iglesia con las causales del Estado? He ahí también un cambio fundamental. Menos grave que la anterior interpretación, es cierto, pero así como el Estado, parte contratante, no puede sustituir unas causales, las canónicas por las del Estado, tampoco puede unilateralmente adicionarlas. Lo que ocurre es que la figura de la separación de cuerpos, por las causales que estableció la Ley 1ª, tanto para matrimonios canónicos como civiles, es una institución nueva. Lo cual quiere decir que el casado canónicamente puede optar entre un proceso de divorcio no vincular, o separación de lecho, mesa y habitación, o separación de cuerpos, todos tres términos sinónimos por causales canónicas, es decir, sujeto "al régimen de la Iglesia", sin medidas cautelares; o un proceso de separación de cuerpos o de bienes, ante los jueces del circuito, cada uno con causales legales específicas, en un plano de absoluta igualdad entre los matrimonios civiles y canónicos, con medidas cautelares. Pero lo cierto es que ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial no puede invocar causales legales, como no podría in-

vocar causales canónicas ante los jueces civiles del circuito.

Corolario de todo lo anterior es que si en un proceso de separación de cuerpos ante los tribunales y la Corte se invocan causales legales en vez de las canónicas, no existe competencia pues ésta le corresponde exclusivamente a los juzgados, co-

mo de igual modo, si en un proceso de separación ante los jueces se invocan causales canónicas, tampoco habría competencia. La incompetencia está erigida en causal de nulidad insaneable, luego es del caso decretarla (art. 152, num. 2 del Código de Procedimiento Civil).

Jorge Salcedo Segura.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El saneamiento de la nulidad por el transcurso del tiempo no es otra cosa que la prescripción extintiva de la acción y ésta debe alegarse como excepción en forma oportuna y expresa, ya que no es susceptible de declaración oficiosa

HERENCIA. Aceptación

La manifestación expresa de aceptación de los hechos consignados en el libelo donde se cita a los demandados en su calidad de herederos universales del de cujus que contrató, constituye acto válido de aceptación de la herencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., marzo quin- ce de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 30 de julio de 1981 en el *proceso ordinario de Mariela Franco de Guzmán* contra *Carlos Enrique Lizarazo y otros*.

Antecedentes

1. En libelo del 21 de junio de 1978 Mariela Franco de Guzmán demandó a Carlos Enrique Lizarazo Correa, Alvaro Hernando y Mauricio Guzmán Franco, estos dos últimos como herederos de Francisco Jerónimo Guzmán Silva, con el fin de obtener, en síntesis, las siguientes declaraciones:

a) Que “está rescindido o existe *nulidad relativa del contrato de compraventa* celebrado entre el citado Guzmán Silva como vendedor y Carlos Enrique Lizarazo Co-

rrera como comprador, mediante la Escritura 4237 de 1974 otorgada en la Notaría Segunda de Cali”.

b) Que en consecuencia se declare que en el citado contrato faltó el consentimiento de Mariela para darle validez, pues para la fecha de su celebración estaba vigente a su favor un patrimonio familiar respecto del inmueble objeto del contrato; y

c) Que se ordene comunicar las anteriores decisiones, tanto al notario como al registrador de instrumentos públicos respectivos, con costas a cargo de los demandados.

2. La demandante relató como hechos de su demanda los siguientes:

a) En 1951 contrajo matrimonio católico con Francisco Jerónimo Guzmán Silva, en vigencia de la sociedad conyugal, se constituyó patrimonio familiar en favor de la demandante y de sus hijos legítimos Alvaro Hernando y Mauricio, respecto de un inmueble urbano ubicado en Cali, adquirido por el esposo mediante Escritura 336 del 8 de febrero de 1965 de la Notaría Segunda de Cali;

b) En 1974 Guzmán Silva obtuvo judicialmente el levantamiento del patrimonio familiar, pero sólo respecto de sus dos hijos antes mencionados y que aún eran menores para ese año. Mediante la Escritura 2626 del 4 de mayo de 1974, otorgada en la Notaría Segunda de Cali, el curador *ad litem* designado para representar a dichos menores canceló el gravamen en cuanto a ellos, pero es evidente que tal gravamen continuó en vigencia respecto de la esposa;

c) Por Escritura 4237 del 1º de julio de 1974 otorgada en la misma Notaría, en vigencia de la sociedad conyugal Guzmán-Franco, el esposo vendió a Carlos E. Lizarazo Correa el predio en cuestión, que aún estaba gravado con patrimonio de familia en favor de la esposa. Y la existencia de este gravamen consta precisamente en la misma escritura de adquisición de Lizarazo Correa, quien en consecuencia adquirió a sabiendas de la existencia de tal gravamen;

d) La sociedad conyugal Guzmán-Franco se disolvió el 7 de febrero de 1977 al fallecer Guzmán Silva y de dicho matrimonio quedaron dos hijos: Alvaro Hernando y Mauricio Guzmán Franco, hoy día mayores de edad;

e) Como la esposa dejó de concurrir a la celebración del contrato de compraventa contenido con la citada Escritura 4237, faltó su consentimiento necesario para la validez del tal acto; y

f) Tampoco posteriormente, en forma directa o indirecta, ha ratificado dicha compraventa, la que en consecuencia está viciada de nulidad relativa por mandato del artículo 23 de la Ley 70 de 1931.

3. El debate se trabó con oposición del comprador demandado. El juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 6 de agosto de 1980, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en causa de la parte demandante propuesta por Lizarazo y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y absolvió de ellas a los demandados.

Subió el negocio al Tribunal de Cali por apelación de la parte demandante y surtido cabalmente el recurso, el *ad quem*

lo desató con sentencia del 30 de julio de 1981 que revocó la del inferior y en su lugar acogió las súplicas de la demanda.

Contra esta providencia interpuso el demandado Lizarazo Correa el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

Las motivaciones del fallo impugnado

1. Después de no encontrar reparo a los presupuestos procesales y de efectuar algunas consideraciones relativas al patrimonio familiar instituido en la Ley 70 de 1931, el Tribunal concluye que es voluntad privativa de los beneficiarios de dicho patrimonio el consentir o impedir la enajenación en forma tal que esta ausencia de consentimiento es causal de nulidad relativa del contrato de enajenación y no puede declararse de oficio.

Agrega que el patrimonio de familia no coloca el bien por fuera del comercio y que, en consecuencia, no está prohibida su enajenación, o sea que no se estructura nulidad absoluta al respecto.

Pero al no obtenerse el consentimiento de uno de los beneficiarios de dicho patrimonio de familia, en este caso, de la esposa demandante, se incurrió en nulidad relativa y no acertó el *a quo* al decir que como ésta no fue parte en el contrato no puede invocar tal nulidad, que puede ser alegada por aquellas personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

2. Y con cita de tratadistas extranjeros considera que la esposa sí está legitimada para invocar la nulidad en referencia, la que encuentra plenamente establecida, de donde concluye revocando la sentencia del juzgado y declarando dicha nulidad de conformidad con las súplicas de la demanda.

La demanda de casación

Trae dos cargos enmarcados en la causal primera, que la Corte estudia y decide en su orden de presentación.

Primer cargo

Por vía indirecta acusa la sentencia como viciatoria de los artículos 1502, 1740, 1741 y 1743 del Código Civil; 7º y 23 de la

Ley 70 de 1931 y 2º de la Ley 91 de 1936, por aplicación indebida; y 1011, 1012, 1013, 1282 y 1296 del mismo código, por falta de aplicación, a consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente comienza por exponer que la demanda de nulidad se dirigió contra Carlos Enrique Lizarazo en su propio nombre, y contra Alvaro Hernando y Mauricio Guzmán Franco "como herederos universales de Francisco Jerónimo Guzmán Silva", quien fue parte en el contrato de compraventa tachado de nulo, en su condición de vendedor, circunstancia que el Tribunal pasó por alto y no examinó si en el proceso se hallaba debidamente demostrada esa calidad, la que depende de dos factores: la vocación hereditaria y la aceptación de la herencia, expresa o tácita.

El artículo 77 numeral 5º del Código de Procedimiento Civil exige que a la demanda debe acompañarse la prueba de la calidad de heredero con que actúe el demandante o con que se cite al demandado. En este proceso solamente se aportaron las partidas de estado civil que demuestran que Alvaro Hernando y Mauricio son hijos legítimos de la demandante y de Guzmán Silva, así como la defunción de éste, pero no la de aceptación de la herencia por parte de aquéllos. Si bien es cierto que según el artículo 1298 del Código Civil la aceptación de una herencia es expresa cuando se toma el título de heredero, y que al tenor del 1299 se entiende que alguien toma el título de heredero cuando lo hace en un acto de tramitación judicial, también lo es que esta aceptación necesariamente tiene que ser anterior a la demanda, puesto que con ella debe presentarse la prueba de la calidad de heredero, y la aceptación que se hiciere con posterioridad sería ineficaz.

Trae a cuento una jurisprudencia de la Corte cuando regía el Código Judicial, en que no obstante manifestar los demandados su carácter de herederos, tal circunstancia no pudo tenerse como una aceptación expresa de la herencia, máxime si en el caso *sub lite* Alvaro Hernando y Mauricio ni por asomo hablan de su calidad de herederos, habiéndose limitado a acep-

tar como ciertos los hechos de la demanda, en ninguno de los cuales se afirma que dichos demandados tengan esa calidad.

De haberse percatado el sentenciador de la ausencia de prueba de la aceptación de la herencia de Guzmán Silva por parte de aquéllos, y por ende de la calidad de herederos del mismo en que fueron demandados, se habría inhibido de dictar fallo de fondo por faltar el presupuesto de capacidad para ser parte.

Tal fallo obedeció, en consecuencia, a los siguientes errores de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la demanda y los elementos de prueba allegados al proceso:

a) No vio que la demanda se dirigió contra Alvaro Hernando y Mauricio en su condición de herederos de Guzmán Silva, pues en el encabezamiento de la sentencia impugnada se dice que Mariela "demandó a Carlos Enrique Lizarazo Correa, Alvaro Hernando y Mauricio Guzmán Franco" sin expresar que los últimos lo fueron en esa calidad de herederos y sin referirse en parte alguna a la demanda a esa calidad;

b) No se dio cuenta de que con los anexos del libelo no se aportó la prueba de la aceptación de la herencia por parte de dichos demandados ni posteriormente en el curso del proceso;

c) No percató que en la *causa petendi* no se afirma que Alvaro Hernando y Mauricio sean herederos de Guzmán Silva, ni que en el hecho 6º se dice tan sólo que en el matrimonio —Guzmán-Franco— hubo dos hijos: Alvaro Hernando y Mauricio, hoy mayores de edad;

d) Tampoco se dio cuenta de que al manifestar esos demandados en la contestación de la demanda que aceptaban como ciertos los hechos de la misma, sólo estaban aceptando que eran hijos de Guzmán Silva, mas no la calidad de herederos, desde luego que ninguno de tales hechos se refiere a esa calidad; y

e) Tampoco vio que por haber contestado ellos la demanda sin ser abogados inscritos y haber quedado cobijadas sus contestaciones por el decreto de nulidad de parte de la actuación surtida, antes de

llegar el negocio al conocimiento del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira, cualquier manifestación que en ellas hubieren hecho carece de eficacia probatoria.

Y remata el cargo manifestando que, de no haber incurrido el Tribunal en estos errores evidentes de hecho, habría concluido que, al no haberse demostrado que Alvaro Hernando y Mauricio aceptaron la herencia de su padre, quedó sin probar la calidad de herederos en que se les demanda y por tanto, sin capacidad para ser parte, ausencia de presupuesto procesal que impide proferir sentencia de mérito.

La Corte considera

1. Dispone el artículo 1299 del Código Civil que se entiende que alguien toma el título de heredero cuando lo hace *en escritura pública o privada*, obligándose como tal heredero, o en un *acto de tramitación judicial*.

Alega el censor que ni Mauricio ni Alvaro Hernando han efectuado acto válido alguno de tramitación judicial y que por tanto no han aceptado la herencia de su padre legítimo ni está demostrado que lo representen.

Sin embargo, ello es así, pues aun cuando el censor dice que en la demanda de instancia no se señala a los Guzmán Franco como herederos del vendedor Guzmán Silva, a folios 13 v. del cuaderno número uno se lee en ese libelo que se cita a "Alvaro Hernando y Mauricio Guzmán Franco... como herederos universales de Francisco Jerónimo Guzmán Silva, a quien representan por ser hijos legítimos de él".

Y para mayor abundamiento, en el poder conferido por la demandante a su procurador judicial, se lee que "la demanda la promoverá mi mandatario judicial antes nombrado con citación de los expresados contratantes señores Lizarazo Correa y Guzmán Silva, este último representado por sus herederos universales Alvaro Hernando y Mauricio Guzmán Franco, como hijos legítimos de dicho señor Guzmán Silva, herederos que son mayores de edad y de este vecindario".

Se observa a folio 46 *ib.* que Alvaro Hernando Guzmán Franco ratifica ante el juz-

gado del conocimiento el escrito del 16 de noviembre de 1979 que dirigió al Juzgado Segundo Civil Municipal y en el cual advirtió que se daba por notificado del auto admisorio de la demanda, que recibía el traslado de ella, que aceptaba los hechos consignados en el libelo y finalmente que se allanaba a lo pedido por la demandante.

Tal manifestación expresa ante una autoridad judicial muestra en forma clara que Alvaro Guzmán Franco aceptó no sólo el carácter de heredero en que se le demanda, y por tanto de continuador de la personalidad de su difunto padre legítimo, sino además todos los hechos afirmados por la demandante en sustentación de su causa para pedir, entre los cuales se destaca el ya mencionado, que Alvaro Hernando y Mauricio Guzmán Franco son herederos de su fallecido padre Guzmán Silva, a quien representan por ser sus hijos legítimos.

Otro tanto puede decirse de Mauricio, quien en escrito del 30 de agosto de 1978 presentado personalmente, declara darse por notificado del auto admisorio de la demanda y acepta los hechos de la misma, entre los cuales se encuentra, como ya se dijo, el de ser heredero y continuador jurídico de la personalidad de su difunto padre Francisco Jerónimo.

Estas circunstancias se conjugan no sólo para acreditar que se hubiera tomado el título de heredero en acto de tramitación judicial, sino también en escritos privados pero auténticos, con lo cual el título y carácter de heredero de los referidos demandados es incontrovertible, sin que quepa atribuir error de hecho alguno al Tribunal al haberlos tenido como tales, razón suficiente para que el cargo no pueda prosperar.

No obstante lo expuesto, la Corte estima necesario advertir que con ello no se está incurriendo en contradicción con lo que dijo en su sentencia del 14 de junio de 1971 (CXXXVIII, pág. 391), porque la situación allí contemplada era diferente de la que ahora se ha analizado.

Se dijo entonces que si "la aceptación tácita de la herencia, según nuestro derecho positivo, resulta indirectamente de

ciertos actos jurídicos o materiales ejecutados por el asignatario, y que implican por su parte la voluntad de conducirse como herederos, no puede sostenerse que tal forma de aceptación se da cuando a una persona se le notifica en esa calidad presunta el auto admisorio de la demanda, sin objeción alguna de su parte, porque dicho acto procesal no implica generalmente una conducta libre del notificado, ni por ende, puede inferirse de él clara e inequívocamente una evidente voluntad de aceptar la herencia”.

En el caso a que esa doctrina se refiere, la demandada a quien se había citado al proceso como heredera, se limitó a notificarse del auto admisorio de la demanda, es decir, no la contestó, no se opuso a sus pretensiones, no negó ni aceptó como ciertos los hechos de la *causa petendi*. En cambio, en el que está *sub iudice*, como acaba de verse, *los demandados contestaron la demanda, se allanaron a sus pretensiones y aceptaron como ciertos los hechos de la causa petendi susceptibles de confesión. Tal conducta ciertamente permitía suponer “necesariamente su voluntad de aceptar” la herencia.*

Como se ve, no hay contradicción alguna entre lo que entonces expuso la Corte con lo que sostiene en esta oportunidad, respecto a los actos de heredero que llevan consigo la voluntad presunta de aceptar la herencia.

Se rechaza la acusación.

Segundo cargo

También en el marco de la primera causal y por vía indirecta, se denuncia quebranto de los artículos “1502, 1740, 1741 y 1743 en su primera parte del inciso 1º, 7º y 23 de la Ley 70 de 1931 y 2º de la Ley 91 de 1936, por haberlos aplicado indebidamente al caso litigado; y 1743, final del inciso primero y 1750 del mismo estatuto, por inaplicación”, a causa de los manifiestos yerros fácticos en que incurrió el sentenciador en la apreciación del material probatorio.

El censor desarrolla el cargo comenzando por establecer que la pretensión de la demandante consiste en que se declare la

nulidad relativa del contrato de compraventa de que se trata.

Si el derecho a alegar la nulidad relativa mira tan sólo al de las personas en cuyo favor se halla establecido, tal nulidad puede sanearse o por voluntad expresa de las partes o por el transcurso de cuatro años, en la forma indicada en los artículos 1743 y 1750 del Código Civil, “pues el hecho de haber dejado transcurrir ese término sin alegarla implica ciertamente una renuncia tácita al derecho de pedir su declaración, renuncia plenamente válida de conformidad con el artículo 15 del mismo estatuto y que trae como consecuencia el saneamiento de la nulidad” —la confirmación dice Jossierand— “es un acto por el que una persona renuncia expresa o tácitamente a alegar la nulidad o la rescisión que afecta una operación jurídica”. No es otro el alcance del artículo 1743 del Código Civil, cuando expresa que la nulidad relativa “puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.

El lapso es el de cuatro años en el caso de autos y el contrato adquiere plena validez por haberse saneado *ope lege* si transcurrido ese término se impetra la declaración de nulidad, caso en el cual el demandado puede oponer la excepción de prescripción o simplemente oponerse a la pretensión del demandante, por cuanto habiendo adquirido el contrato plena validez no puede declarársele nulo.

Agrega que esto es precisamente lo que ha ocurrido en el *sub lite*, pues al haberse celebrado el contrato cuya declaración de nulidad se ha demandado el 1º de julio de 1974, el término para proponer la demanda expiró el 30 de junio de 1978 y de consiguiente, si la nulidad se pidió con posterioridad a esa fecha, la pretensión de que se declare nulo no puede ser acogida, por cuanto éste quedó plenamente válido al haberse saneado el vicio que lo afecta “según lo preceptuado por el artículo 1743 del Código Civil, sin que para ello sea menester alegar prescripción”.

Y si bien del proceso aparece que la demanda de nulidad relativa con que se inició fue presentada ante el Juez Municipal de Palmira antes de que expirara el plazo

de los cuatro años; que el auto admisorio de la misma se dictó el 30 de junio de 1978, último plazo que tenía la demandante para impetrar la nulidad; y que dicho auto se notificó a los demandados Guzmán el 20 de noviembre y el 11 de diciembre de 1978, respectivamente, tales notificaciones quedaron cobijadas por el decreto de nulidad de lo actuado proferido por el juzgado el 21 de octubre de 1978 y, por tanto, la presentación de la demanda no interrumpió el término de los cuatro años, tal como lo establece el numeral 4º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, el contrato de compraventa materia de la demanda adquirió plena validez al haberse saneado la nulidad de que podía adolecer el 30 de junio de 1978.

El Tribunal no se dio cuenta de todas estas circunstancias y debido a los manifiestos yerros fácticos en que incurrió al haberlas pasado por alto, declaró la nulidad relativa de un contrato que por ministerio de la ley ya era indiscutiblemente válido.

Tales errores de hecho consisten, sustancialmente, en que no vio el sentenciador que el lapso que tenía la demandante para impetrar la nulidad expiraba el 30 de junio de 1978 y que las notificaciones en noviembre y diciembre de 1978, efectuadas a los demandados, quedaron cobijadas por el decreto de nulidad de lo actuado, de modo que la presentación de la demanda no interrumpió legalmente el término de los cuatro años de que trata el artículo 1743 del Código Civil, como lo establece el artículo 91, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil; y no se dio cuenta de que cuando se trabó en debida forma la relación procesal con la nueva notificación a los demandados, hacía mucho tiempo que había expirado el mencionado término de cuatro años, y que para ese entonces el contrato en cuestión ya era plenamente válido.

Remata el cargo diciendo que tales errores fácticos condujeron a la violación de las normas sustanciales enumeradas en su encabezamiento del cargo y por el concepto allí expresado, e insiste "con el fin de dejar claramente definida mi posición, que

no alego que la nulidad del referido contrato de compraventa se hubiera *extinguido por prescripción*, sino simplemente que su pretensión es infundada, y por lo mismo, debe desestimarse, pues mal podría declararse nulo el contrato que ante la ley es plenamente válido en razón de haberse saneado, por el transcurso del tiempo, la nulidad de que podía adolecer" (subraya el recurrente).

Se tiene en cuenta

1. Es claro el propósito del recurrente de no situar el debate tanto en el plano del recurso extraordinario, como en el eventual de sentencia de reemplazo en sede de instancia, dentro de los límites de la preceptiva de la prescripción, por cuanto que esa excepción no fue alegada oportunamente y ella como se sabe, no puede ser declarada de oficio.

De ahí que enderece su esfuerzo y su dialéctica a establecer una diferencia entre el saneamiento por el *lapso de tiempo* y la *prescripción*, como fenómenos jurídicos disímiles.

Pero es vano su intento, pues el *Código Civil asimila el saneamiento por haber transcurrido un periodo de tiempo a la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, como claramente se desprende, sin mayor esfuerzo, del texto del artículo 2535 que reza así "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hubieran ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible". Es evidente a todas luces, que si el transcurso de cierto lapso implica la prescripción de una acción judicial, y por ende la extinción de un derecho, ese transcurso debe alegarse por vía de prescripción, dada la similitud y la dependencia estricta que existe entre el transcurrir del tiempo sin el ejercicio de la acción y el consecuen- cial fenómeno de prescripción de la misma.*

Siendo ello así, no puede sostenerse que la nulidad relativa contemplada en el sub lite se haya, "saneado por el sólo transcurso del tiempo", sin que se haya producido

una prescripción de la acción del beneficiado con dicha nulidad.

De ahí que si se quiere esgrimir como defensa el saneamiento de la nulidad por el sólo transcurso del tiempo, sea menester alegar paralela e integralmente con esta defensa la excepción de prescripción extintiva de la acción de rescisión, la que debe ser invocada oportuna y expresamente, sin que en modo alguno pueda declararse de oficio.

Al no poderse declarar oficiosamente la prescripción de corto tiempo en comentario y que, se repite y así lo admite el censor, no fue alegada en las instancias, el cargo en estudio es vano e inoperante, pues en el fondo con él pretende que se acepte y decrete una prescripción que no fue alegada oportunamente, con notorio olvido y violación del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, que obliga a las partes a invocarla en su favor, so pena de que no pueda ser declarada, en forma oficiosa por el juez de la causa, por contraste con otras excepciones.

El cargo en estudio tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia dictada el 30 de julio de 1981 por el Tribunal Superior de Cali en este proceso ordinario de Mariela Franco de Guzmán contra Carlos Enrique Lizarazo y otros.

Las costas en casación corren a cargo del recurrente Carlos Enrique Lizarazo.

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

Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Demanda en forma

No le basta al demandante limitarse a enunciar alguna o algunas de las causales legales de separación, sin referir los hechos concretos constitutivos de dicha causal o causales y el tiempo en que ocurrieron

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., marzo quin- ce de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Salce- do Segura).

Se decide la consulta a la sentencia pro- nunciada por el Tribunal Superior del Dis- trito Judicial de Bucaramanga en el pro- ceso abreviado de *separación de cuerpos de Alirio Gómez Quintero* contra *Marina Pérez Quintero*.

El litigio

Por conducto de apoderado el señor Ali- rio Gómez Quintero presentó demanda contra la señora Marina Pérez Quintero. El libelo presentado por el abogado deman- dante es defectuoso, pues allí se deprecia la separación de cuerpos del matrimonio católico del actor con la demandada adu- ciendo como causas las establecidas en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 154 del Código Civil, pero en manera alguna es- pecifican los hechos que estructuran tales causales, es decir, no se señala qué con- ductas se enmarcan dentro de la causal.

La anterior situación pasó desapercibi- da durante todo el proceso por el Tribu- nal *a quo*; entidad que decidió el fondo del litigio mediante fallo fechado en Bu- caramanga el 26 de junio de 1982, en el cual en primer término se resumen las pretensiones y hechos de la demanda y se narran los hechos que obligaron al empla- zamiento de la demandada. Finalmente,

con fundamento en la prueba testimonial se acogieron las pretensiones de la de- manda.

Se considera

En sentencia de 8 de julio de 1981, la Sala frente a un caso idéntico al presente expuso:

“1. *La demanda, por tratarse del escri- to con el cual se inicia un proceso, cons- tituye la pieza fundamental de éste, por lo que al estructurarla el libelista debe acat- ar las exigencias formales, entre las cua- les se encuentra la de expresar con clari- dad y precisión lo que se pretenda*”, como también la de referir “*los hechos que sir- van de fundamento en las pretensiones de- bidamente determinadas, clasificadas y nu- meradas*”.

2. *Si mediante la demanda se reclama del Estado protección jurídica para un de- recho que se cree tener, es indispensable que en el contenido de la misma aparezca la relación de hechos en los cuales el de- mandante apoya sus pretensiones, pues si así no actúa, el juzgador ab initio debe in- admitirla (art. 85 del C. de P. C.) y, si no advierte sus defectos ni el libelista la co- rrige oportunamente (art. 89), ni el de- mandado propone la excepción previa de inepta demanda por falta de los requisitos formales (art. 97), queda como último co- rrectivo jurídico la decisión del litigio en forma inhibitoria, por carencia del presu- puesto procesal de demanda en forma.*

3. No subestima la Corte que cuando la demanda se resiente de cierta vaguedad, debe ser interpretada por el fallador en forma razonada y lógica, con el fin de no sacrificar el derecho reclamado, puesto que su texto no debe ser mirado con un criterio inflexible y demasiado inclinado al derecho ritual.

Si el desmedido rigor en la hermenéutica de la demanda puede dar al traste con el derecho alegado, lo cual no se aviene con la equidad y la justicia, también se debe tener en cuenta que el fallador, en tal labor, no puede descender hasta suponer o dar por existentes los presupuestos de hecho de las pretensiones, como tampoco podría cambiar éstas. En la interpretación de una demanda, tiene sentado la doctrina, existe la permisibilidad legal para ir tras lo racional y evitar lo absurdo, pero en manera alguna el poder discrecional que tiene sobre el particular lo faculta para crear los hechos o las súplicas de la demanda, pues en su defecto el juez rebasaría sus poderes o "se colocaría dentro de oficio notoriamente ajeno a su incumbencia jurisdiccional" (Cas. Civ. de 17 de junio de 1964, CVII, 795).

4. En los procesos abreviados de separación de cuerpos no le basta al demandante, como ocurre en la especie de la litis, que en el cuerpo de la demanda, en lo atinente a los hechos en que estriba la pretensión, se limite a decir que el cónyuge demandado "incurrió en las causales enunciadas en los numerales 2º y 3º del artículo 154 del Código Civil", sin referir los hechos pertinentes a dichas causales. Porque en este evento se desconoce la forma como quedó concebida la demanda, en qué consistieron los hechos, dejando al demandado en la penumbra, sin posibilidad de responderlos o replicarlos y, sin poder defenderse del ataque que exteriorizan. Por otra parte, tampoco se sabe cuándo se presentaron, lo que es indispensable para determinar el término de caducidad de las causales (art. 156 del C. C.). Finalmente, menos puede saberse dónde pudieron haber ocurrido.

5. Precisamente, cuando el demandante se desentiende de referir en la demanda

los elementos de hecho que le sirven de soporte en las súplicas, la jurisprudencia tiene dicho que el juzgador sólo puede tener en cuenta, en principio, los "hechos expuestos en ella y en la contestación y a proponer las excepciones, porque es lo que fija el campo del litigio y lo que determina, en consecuencia, los puntos materia de la decisión del juez" (G. J. XXXI, 71). En otro fallo dijo la Corte: "Dispone la ley que en el escrito o libelo de demanda se haga con claridad una ordenada relación de los hechos en que el demandante funda sus pretensiones... Esto es, que ante todo, se expongan las circunstancias que puntualicen y caractericen el asunto del litigio. A esos hechos aducidos en la demanda y a los que, con relación a ellos haga valer el opositor en la contestación, es... a los que ha de ajustarse el estudio del juzgador para fundar su decisión la Corte mantiene el principio... de que no es lícito al juez apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos, pero no alegados en la demanda" (Cas. Civ. de 22 de marzo de 1935, XLI bis, 233; 9 de mayo de 1967, aún no publicada). Claro está, que sobre el particular se debe tener en cuenta hoy lo que dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

6. El vacío en que incurrió aquí la demandante, al no mencionar en la demanda los hechos en que apoya su pretensión de separación de cuerpos, pone de manifiesto la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, lo que conduce a que el litigio no puede resolverse mediante decisión de mérito, como lo hizo el *a quo*, sino en forma inhibitoria. Por tanto, habrá de revocarse la sentencia consultada".

Donde hay la misma situación debe haber la misma solución. En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Revocar la sentencia consultada y en su lugar resuelve inhibirse de hacer pronun-

ciamiento de fondo, por lo dicho en la parte motiva.

Las costas de la primera instancia corren a cargo del demandante. No hay costas en la segunda instancia.

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

Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

CORRECCION MONETARIA

La devolución de sumas de dinero a que diere lugar la sentencia que declara nulo un contrato debe hacerse con el consiguiente ajuste que resulta de la desvalorización de la moneda por razón del tiempo transcurrido entre el recibo de dichas sumas y su restitución. Para tal efecto se tendrá en cuenta el índice anual del costo de la vida

"A SABIENDAS"

Significado y alcances de esta expresión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., marzo veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada 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 Clara y María Beatriz Ortiz Barreto y Emma Ortiz de Rodríguez contra Gustavo Caicedo.

Antecedentes

I. Por demanda presentada el 15 de enero de 1981, solicitaron las mencionadas demandantes que con audiencia del demandado, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

a) *La resolución del contrato de promesa de compraventa* celebrado entre los litigantes, con indemnización de perjuicios.

b) Que se condene al demandado a la restitución del inmueble de que trata la demanda, junto con sus frutos civiles, contados a partir de la fecha en que aquél recibió el bien.

c) Que se condene al demandado a pagar la suma de treinta mil (\$ 30.000.00) pesos, como cláusula penal y a perder la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00) que había entregado "como arras del negocio".

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

II. Las demandantes enuncian como fundamento de sus pretensiones, los hechos siguientes:

a) El 10 de febrero de 1976, los litigantes celebraron un contrato de promesa de compraventa, respecto de un bien raíz ubicado en la ciudad de Bogotá en el Barrio Olaya Herrera, distinguido actualmente con el número 15-40 de la calle 26 sur y delimitado como se indica en la demanda.

b) Se acordó como precio de la negociación la suma de trescientos mil pesos, que el prometiende comprador se obligó a pagar así: "La suma de \$ 100.000.00 a la firma del contrato, el día 10 de febrero de 1976, fecha en la cual se le entregó así mismo la finca; la suma de \$ 100.000.00 el día 31 de julio de 1976 y los otros \$ 100.000.00, el día 30 de septiembre del mismo año, fecha en la cual se correría la escritura en la Notaría 9ª de Bogotá... Se pactó así mismo, que los primeros \$ 100.000.00 se darían como 'arras del ne-

gocio', y en la cláusula 7ª se pactó, como penal, la suma de \$ 30.000.00 por el simple incumplimiento".

c) Llegado el día de vencimiento del segundo contado, el demandado no cumplió con él, ni concurrió a la notaría el día en que debía elevarse a escritura pública la promesa; por el contrario las demandantes sí concurrieron y estuvieron listas a cumplir con las obligaciones de su cargo, tal como se desprende de la Escritura Pública número 4.921 de 30 de septiembre de 1976, de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá.

d) Que ante estas circunstancias, se debe resolver el contrato de promesa de compraventa y el demandado, consecuentemente, debe restituir el bien con sus frutos a las demandantes y pagar a éstas la cláusula penal, como perder el valor de las arras.

III. Enterado el demandado de las pretensiones de las demandantes, declinó contestar la demanda, habiendo culminado la primera instancia con sentencia de 11 de julio de 1981, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"1º *Declarar la nulidad* de la promesa de compraventa celebrada entre las señoras Clara Alicia, María Beatriz Ortiz Barreto, y Emma Ortiz de Rodríguez con el señor Gustavo Caicedo, con fecha 10 de febrero de 1976, a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

"2º *Ordénase* al demandado Gustavo Caicedo a restituir el inmueble objeto de la anterior promesa de contrato, junto con sus frutos civiles, a las demandantes. Liquidense conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"3º *Ordénase* a las demandantes restituir al demandado la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00) que recibieron como arras, junto con sus intereses legales.

"4º Las anteriores restituciones deberán hacerse dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"5º Sin costas".

IV. Contra la resolución precedente interpuso el demandado el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda ins-

tancia con fallo de 18 de diciembre de 1981, en el que se resolvió lo siguiente:

"*Primero. Confirmar* los numerales primero, tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada.

"*Segundo. Confirmar* el numeral segundo con la modificación de que los frutos sólo se deben a partir de la fecha de notificación al demandado del auto admisorio de la demanda.

"*Tercero. Adicionar* la sentencia reconociendo al demandado el valor de las mejoras que haya podido efectuar con anterioridad a la fecha de su notificación del auto admisorio, y que demuestre dentro de los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y con el derecho de retención previstos al artículo 970 del Código Civil. Se tendrá en cuenta lo dispuesto al artículo 967 del Código Civil, en su caso.

"*Cuarto.* Las partes podrán compensar las sumas que se liquiden.

"*Quinto.* Sin costas en la segunda instancia".

V. La misma parte interpuso contra la decisión del *ad quem* el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia impugnada

Comienza el Tribunal por señalar los requisitos para la validez de la promesa de contrato señalados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y respecto del último de ellos dice que debe determinarse la cosa prometida y, cuando ésta es inmueble, debe indicarse el lugar de su ubicación y precisarse sus linderos, lo cual no ocurre con el contrato de promesa celebrado entre los litigantes, puesto que simplemente se dijo que su delimitación era la que aparecía en otro documento.

En consecuencia, añade el *ad quem*, al no cumplirse con uno de los presupuestos necesarios para la validez del contrato de promesa de compraventa, ésta es nula absolutamente y le corresponde al juzgador oficiosamente declarar la existencia de tal vicio, según lo dice la ley (art. 2º Ley 50 de 1936).

Finalmente expresa el sentenciador de segundo grado que siendo el demandado poseedor de buena fe, sólo debe los frutos a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda; se le deberán reconocer las mejoras que haya hecho antes de esa notificación y para tal efecto tiene el consiguiente derecho a retener.

La impugnación

Con apoyo en la causal primera un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto directo de los artículos 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, 1524 del Código Civil, por falta de aplicación.

En procura de demostrar el cargo sostiene el censor que el *ad quem* al haber ordenado en fallo la restitución por el demandante al demandado de la suma de \$ 100.000.00, sin corrección monetaria, subestimó el principio general consistente en que nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa, como quiera que el mencionado guarismo no tiene el mismo poder adquisitivo de hace seis años.

Termina el impugnante solicitando que el fallo del sentenciador de segundo grado es incompleto, por lo que debe adicionarse en el sentido de ordenar el consiguiente ajuste monetario.

Se considera

1. El proceso de depreciación de la moneda, que no es reciente sino remoto, por cuanto se ha exteriorizado indudablemente en las dos grandes conflagraciones mundiales, aparece hoy con sus perniciosos efectos azotando al mundo y particularmente a los países de la América, en vía de desarrollo. Su incidencia no se ha limitado, entonces, al campo económico sino que ha trascendido al panorama jurídico, porque ha invadido las relaciones contractuales, singularmente las obligaciones dinerarias a largo o mediano plazo, como también las que se traducen en dinero.

2. Ante los malhadados efectos, los juzgadores de los diferentes países se han vis-

to en la necesidad, fundados en los principios de equidad y justicia, de hacer una interpretación sana y realista del derecho, así quede subestimado el nominalismo monetario. Precisamente el jurisperito argentino Félix A. Trigo Represas, sostiene que "cuando por virtud del curso económico, la distorsión entre el valor escrito y el real poder adquisitivo de la moneda se torna muy pronunciado, el derecho tiene que reaccionar ante la injusticia sustancial que significa que el acreedor sólo pueda exigir dinero en idéntica cuantía al nominal, pero considerablemente menguado en su valor de cambio. De ahí que, frente al formalismo del texto literal de la ley, y por más acentuado que sea el carácter de *jus strictum* de las normas monetarias, aún los regímenes que se mantienen dentro de un cuadro de estricta seguridad jurídica conservan —como lo apunta Villar Palasí— 'válvulas de escape: el principio general de la buena fe, el abuso del derecho, la función de la causa ilícita, la cláusula *rebus sic stantibus*, son otros tantos portillos de salvaguarda de la equidad, de ajuste de situaciones materialmente distintas a su configuración formal'".

3. *La jurisprudencia de la Corte, en fallos de 24 de abril y 9 de julio de 1979, acudiendo a los principios generales del derecho y a una más actualizada hermenéutica de la ley, se inclinó por aceptar la corrección monetaria de determinadas obligaciones y, por ende, afirmó la crisis del nominalismo, que hasta entonces aparecía como un principio rector en el Código Civil colombiano y como una valla infranqueable en cumplimiento de las obligaciones dinerarias.*

4. *La inflación y depreciación de la moneda, por su reiteración o cronicidad, entró, según la doctrina más real y aceptable, al campo de los hechos públicos y notorios, con lo cual se está afirmando que el damnificado se encuentra relevado de su demostración, máxime cuando el mismo Estado lo viene aceptando con la expedición de normas de reconocimiento implícito de tales fenómenos, como ocurre con los ajustes salariales al sector público y*

privado que se hacen cada año, con las pensiones, con las obligaciones tributarias, con la reglamentación y funcionamiento de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), etc.

5. La declaración judicial de nulidad de un contrato, según el recto alcance del artículo 1746 del Código Civil produce efectos retroactivos, como quiera que confiere a las partes el derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato vicioso, lo cual implica que cada una tiene que devolver a la otra lo que hubiere recibido como prestación del negocio jurídico anulado.

Con todo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1525 y 1746 del Código Civil, se registran algunos casos en que no hay lugar a tales prestaciones como sucede cuando la nulidad se ha originado en objeto y causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas "a sabiendas" de la ilicitud.

Sobre los alcances de la expresión "a sabiendas", dijo la jurisprudencia de la Corte: "Esta excepción es de un gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio in pari causa turpitudinem cessat repetitio.

"Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa en el negocio jurídico 'a sabiendas' de la ilicitud.

"Ahora, ¿qué se entiende por 'a sabiendas'? Cuando no se trata de palabras técnicas referentes a una ciencia o arte o palabras definidas por la ley, éstas han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, enseña una regla de interpretación (arts. 28 y 29 del C. C.). Sentido natural y obvio es el que a las palabras da el diccionario de la Academia Española.

"En este orden de ideas, el adverbio 'a sabiendas', según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa 'de modo cierto', 'a ciencia segura', o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento-realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del Código Civil cuando utiliza la locución 'a sabiendas', expresión esta empleada en otros artículos del Código Civil (477, 737, 955, 1029, 1480, 1675 num. 1º, 1870, 1992 y 1017)". (G. J., t. CXXXVIII, págs. 50 y 51).

Entonces, si con motivo del fallo de nulidad a una de las partes le corresponde devolver determinada suma de dinero y por el tiempo transcurrido entre el recibo de dicha suma y su restitución no mantiene su valor real de cambio, por cuanto ha sido afectada por el fenómeno de la depreciación, la devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste, que comprende la desvalorización de la moneda, para lo cual debe tenerse en cuenta el índice anual del costo de la vida.

Así como una de las partes, por efecto de la nulidad, va a recibir un bien raíz, seguramente valorizado, simétricamente a la otra parte que va a recibir determinada suma de dinero se le debe entregar igualmente valorizado.

6. Como el sentenciador de segundo grado condenó al demandante a devolverle al demandado la suma de \$ 100.000.00, sin ordenar la consiguiente corrección monetaria, no obstante ser un hecho público y notorio el envilecimiento progresivo de la moneda, infringió las normas indicadas en la censura, motivo que conduce a quebrar el fallo. Y como el ataque se refiere a ese exclusivo punto, se mantendrán incólumes las demás decisiones tomadas por el Tribunal.

Sentencia sustitutiva

A la Corte le sirven de fundamento, para decidir en instancia, todas las consideraciones que sentó para despachar el cargo y, por consiguiente, a ellas se remite. Sólo cabe observar que para contabilizar el

ajuste monetario del crédito se tomará en cuenta el índice anual del costo de la vida a partir del 10 de febrero de 1977 hasta cuando se verifique su pago.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de 18 de diciembre de 1981, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando en instancia,

Resuelve:

1º *Confirmar* los ordinales primero, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada.

2º *Confirmar* el ordinal segundo con la modificación de que los frutos sólo se deben a partir de la fecha de notificación al demandado del auto admisorio de la demanda.

3º *Adicionar* la sentencia reconociendo al demandado el valor de las mejoras que haya podido efectuar con anterioridad a la fecha de su notificación del auto admisorio y que demuestre dentro de los trámites del artículo 308 del Código de Procedi-

miento Civil y con el derecho de retención previsto en el artículo 970 del Código Civil. Se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 967 del Código Civil.

4º *Modificar* lo dispuesto en el ordinal tercero, en el sentido de condenar a las demandantes a restituir al demandado la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00) junto con sus intereses legales.

Parágrafo. El pago de la suma de cien mil pesos se hará con la consiguiente corrección monetaria, de conformidad con las pautas señaladas en la parte motiva y con sujeción al trámite previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

5º Las partes podrán compensar las sumas que se liquiden.

6º Sin costas en la segunda instancia.

7º Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

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

Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Sumper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

C A S A C I O N

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Error de hecho y error de derecho
Diferencias entre estas dos especies de yerros en la apreciación de la
prueba, que impide confundirlos

INSPECCION JUDICIAL. DICTAMEN PERICIAL

Son dos medios de prueba diferentes y es distinta la prueba que resulta de cada uno de ellos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., mayo dieciocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 14 de agosto de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este proceso ordinario instaurado por *Augusto García García* en frente de *Lázaro Antonio Rodríguez Cifuentes*.

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue presentado el 14 de mayo de 1981 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, el mentado García García demandó al citado Rodríguez Cifuentes en procura de que, previos los trámites propios del *proceso ordinario de mayor cuantía*, se hiciesen las siguientes o similares declaraciones y condenas:

a) Que el demandante es el dueño absoluto de un lote de terreno ubicado en la vereda de "San Juan", jurisdicción del municipio quindiano de Salento, junto con la casa en él edificada, construida "de cañahava y bahareque", inmueble que hace parte de otro de mayor extensión denomi-

nado "La Dalia" y comprendido dentro de los especiales linderos que la demanda consigna;

b) Que, como consecuencia de esta declaración, se condene al demandado a restituir al demandante el referido inmueble, junto con sus mejoras y anexidades, sin que éste se encuentre obligado a cancelar las expensas de que trata el artículo 965 del Código Civil;

c) Que el mismo demandado, como poseedor de mala fe que es, está obligado igualmente a pagar al demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el referido fundo, y no solamente los percibidos sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a partir del 15 de febrero de 1978 y hasta el momento de la entrega; y

d) Que se lo condene además al pago de las costas procesales.

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

a) Que en la sucesión intestada de Joaquín Emilio García Valencia, cuyas partición y sentencia aprobatoria se registraron el 28 de agosto de 1980 en la Oficina de Registro de Armenia, se adjudicó al aquí demandante, en su calidad de heredero del causante como hijo legítimo suyo, el

lote de terreno de una extensión aproximada de 6 hectáreas, denominado "La Dalia", ubicado en la vereda "San Juan" del municipio de Salento, Departamento del Quindío y comprendido dentro de los siguientes linderos generales: "Del punto de la desembocadura de la quebrada 'Agua Bonita' en el Río Quindío, en límites con la antigua propiedad del señor Juan Pablo Grajales, hoy propiedad del señor Fernando García, de este punto de partida aguas arriba por la quebrada 'Agua Bonita' en dirección de Occidente y en una extensión de 250 metros lindando con el señor Fernando García García, hasta encontrarse con el cruce de una nueva quebrada, ya en linderos con propiedad de Carlina García de Giraldo; de este punto nuevo y continuando aguas arriba por la quebrada 'Agua Bonita' en una extensión de 100 metros aproximadamente y lindando al lado izquierdo con Carlina García de Giraldo, hasta llegar a un monte propiedad de Gabriel Marín y Carlina Ceballos de Marín, hoy propiedad de Ruby Marín de C., de este sitio y dejando la quebrada y tomando la dirección hacia el Oriente hasta llegar a un alto donde se encuentra un naranjo a una distancia de 150 metros aproximadamente del punto anterior, de este naranjo tomando la dirección siempre de Oriente vaga abajo hasta encontrar un tronco de monte frío en una extensión de 200 metros lindando siempre con la señora Ruby Marín de Ceballos; de este nuevo punto y en dirección Norte hasta llegar a una mata de guadua en una extensión de 100 metros aproximadamente lindando siempre con la señora Ruby Marín de Ceballos; de esta mata de guadua y en dirección Oriente en una extensión de 120 metros aproximadamente hasta llegar al Río Quindío, de este punto o sea el del Río y siguiendo aguas abajo hasta llegar al punto de partida en una extensión de 300 metros aproximadamente, para encontrar nuevamente el punto de partida de la quebrada".

b) Que, por su parte, el causante Joaquín Emilio García Valencia había adquirido el dominio de esa finca por adjudicación que, en mayor extensión, se le hizo por el entonces Ministerio de Economía

Nacional, Departamento de Tierras, conforme a la Resolución número 260 de 9 de mayo de 1940, inscrita el 4 de abril siguiente en el registro de esa ciudad;

c) Que el demandante, como titular de la propiedad de la sobredicha finca "La Dalia", no ha transferido a ningún título el dominio total ni parcial que sobre ella ostenta y por ello su posesión inscrita se encuentra hoy vigente;

d) Que desde mediados de febrero de 1978 Lázaro Antonio Rodríguez Cifuentes, sin título alguno, viene ocupando, después de haber privado a su dueño de la respectiva posesión, una parcela de la referida finca "La Dalia", junto con la casa de habitación en ella edificada, porción del inmueble que queda comprendida dentro de las siguientes alindaciones especiales: "Del punto donde existía una enramada a 1.80 metros de distancia de un guamo (árbol), lindero con predio de Joaquín Emilio García, de aquí hacia la izquierda y en dirección al Norte, pasando por otro mojón clavado entre un tronco viejo de Arenillo (árbol), siempre lindando con Joaquín Emilio (en los anteriores linderos Dionisio Ocampo) García y en una distancia aproximada de 50 metros, hasta otro mojón clavado a 1.80 metros de distancia de un aguacate, lindero tal mojón con predio de Joaquín Emilio García (en los anteriores Dionisio Ocampo); de este hacia el Oriente en una distancia de 63 metros aproximadamente pasando por otro mojón que está en un altico hasta el Río Quindío; esta identificación corresponde a los costados Nor-Occidentales marcados en su extensión con diferentes árboles bastante desarrollados y cercas de alambre de púas; se sigue hacia la derecha río abajo en una extensión aproximada de ochenta metros hasta el desemboque de la quebrada 'Agua Bonita'; por esta arriba y volteando a la derecha o sea costado Sur, y en dirección Oriental en una extensión de 120 metros aproximadamente, hasta el punto donde existía una enramada a 1.80 metros de distancia de un guamo (árbol), lindero con predio de Joaquín Emilio García Valencia, punto de partida"; y

e) Que el demandado está en incapacidad de adquirir por prescripción el domi-

nio de la parcela descrita, la cual él posee materialmente, habiendo identidad plena entre ésta y la que el demandante pretende reivindicar, como parte integrante que es del referido fundo "La Dalia".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las súplicas del demandante; y en cuanto a los hechos, salvo el relativo a la posesión por su parte de la parcela descrita en la demanda, negó los demás.

Afirmó que él "no posee ni un ápice de terreno que haga o hubiere hecho parte del predio 'La Dalia', del cual según la demanda hace parte el lote de terreno" a que allá se alude; que el predio por él poseído desde 1978 no ha sido jamás de propiedad del demandante, ni éste ha ejercido posesión sobre él.

Con apoyo en esta aseveración cardinal propuso la excepción que denominó "ilegitimidad de la personería sustantiva en la parte demandante", y además, también como de mérito, la de cosa juzgada, medio defensivo este que hizo consistir en la existencia de la sentencia de 25 de abril de 1978, proferida por el Juzgado Primero Civil de ese mismo Circuito de Armenia dentro del proceso posesorio adelantado por García contra Rodríguez Cifuentes, mediante la cual se absolvió al demandado de los cargos que entonces se le formularon allá.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 27 de abril de 1982, mediante la cual, al estimar que es dudosa "la propiedad del inmueble poseído por el demandado", negó todas las súplicas del demandante y absolvió a aquél de los cargos que se le enrostraron por García García.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por el demandante contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el que, luego de haber rituado la instancia, profirió su sentencia de 14 de agosto de ese mismo año mediante la cual, después de

infirmar el fallo apelado, decidió el litigio así:

a) Declaró el dominio pleno a favor del demandante de la faja o porción de terreno de la finca "La Dalia", que éste persigue; b) condenó al demandado, a quien consideró como poseedor de buena fe, a restituir a aquél, dentro de los cinco días siguientes, el referido inmueble, junto con los frutos naturales producidos "desde el 11 de julio de 1981"; c) impuso al demandante, también *in genere*, la obligación de pagar al demandado el valor de las mejoras útiles y necesarias implantadas en el inmueble, "antes de la contestación de la demanda, o sea hasta el 1º de agosto de 1981"; y d) finalmente condenó al demandado al pago del 70% de las costas causadas en las dos instancias del proceso.

II

La motivación del fallo del Tribunal

1. En el proemio de las consideraciones de su sentencia advierte el Tribunal que la acción aquí ejercitada es la reivindicatoria o de dominio, cuyo fundamento jurídico ubica en la preceptiva de los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, y de la cual dice que para su prosperidad reclama la concurrencia de los cuatro elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado siempre como de la esencia de ella.

2. Asentado por él el anterior postulado básico, el sentenciador *ad quem* pasa en seguida al análisis de cada uno de dichos presupuestos.

Y al efecto, refiriéndose a la singularidad de la cosa reivindicable, apunta que este elemento sí se da en el presente caso, puesto que, según la demanda, se pretende "una porción determinada de un inmueble rural debidamente especificado por sus linderos y ubicación".

3. Estima el Tribunal que el derecho de dominio del demandante sobre la parcela que pretende reivindicar está demostrado suficientemente con la copia de la partición y su sentencia aprobatoria de 29 de marzo de 1980, proferida en el sucesorio de Joaquín Emilio García, debidamente

inscrita en el competente registro, en la cual se adjudicó al aquí demandante todo el fundo "La Dalia".

Observa además que, según las Resoluciones números 49 de 29 de noviembre de 1939 y 260 de mayo de 1940, proferidas en su orden por la Gobernación del Departamento de Caldas y el entonces Ministerio de la Economía Nacional, el causante del aquí demandante había adquirido por adjudicación que se le hizo, en mayor extensión, la referida finca.

Con los citados documentos, dice el Tribunal, "acreditó el actor ser el titular inscrito del derecho de dominio sobre el inmueble rural que se le adjudicó en el sucesorio de Joaquín Emilio García Valencia, el cual formaba parte del predio denominado La Dalia, inmueble que es el mismo alinderado en el hecho primero de la demanda, y dentro del cual se encuentra comprendido el inmueble poseído por el demandado alinderado en el hecho cuarto de la demanda, conforme a lo anotado por el *a quo* en la diligencia de inspección judicial..., lo que nos lleva a concluir que igualmente demostró ser el titular del derecho de dominio sobre el inmueble materia de reivindicación".

4. En lo que respecta al factor de la posesión material del inmueble por parte del demandado, lo da también por establecido el Tribunal, en primer lugar, con la confesión de aquél que encuentra vertida en varios pasajes del escrito de contestación a la demanda; y, en segundo término, con la inspección judicial que con intervención de peritos se practicó el 19 de octubre de 1981 sobre el inmueble.

Concretando su atención al presupuesto de la identidad de la cosa reivindicada con la que es poseída por el demandado, el Tribunal también lo da por plenamente establecido con la inspección judicial referida, "al identificar los inmuebles señalados en la demanda y constatar que al del hecho cuarto del libelo demandatorio es el mismo poseído por el demandado".

5. Para desechar las excepciones propuestas, concretamente la de cosa juzgada, la que dice el sentenciador que el excepcionante fundó "en haberse tramitado

antes un proceso posesorio entre los mismos litigantes y sobre el mismo predio...", razona en los siguientes términos: para demostrarla, el actor "aportó copias de varias piezas tomadas de dicho proceso, entre las cuales está la sentencia, copias que al ser expedidas por el secretario del Juzgado Primero Civil del Circuito sin la firma del juez, no se pueden tener en cuenta (art. 254 del C. de P. C.). Por lo anotado no se probó dicha excepción y por eso no se declarará probada".

Y agrega el *ad quem* que en el evento de que pudiera hacer abstracción de tal deficiencia en la expedición de esas copias, al estimarlas como prueba tampoco acreditan el medio exceptivo, porque "al referirse el mentado proceso posesorio a la posesión y no al derecho de dominio como el presente, puede decirse que el objeto de ambos procesos es diferente y por ello no existe cosa juzgada del primero respecto a éste (art. 332 del C. de P. C.)".

III

El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado. En la correspondiente demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra el fallo del Tribunal un solo cargo.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 669, 740, 756, 946, 947, 950, 952, 961 y 964 del Código Civil, a causa de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas practicadas en el proceso.

2. Desarrollando el cargo por el primero de tales dos aspectos, asevera el casacionista que el "Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas que con el carácter de trasladadas del proceso contencioso que entre las mismas partes se ventiló..." fueron allegadas a estos autos, particularmente los testimonios allá recibidos y el interrogatorio absuelto por el demandado, las cuales, agrega la censura, demuestran que el lote ocupado por Lázaro Antonio Rodrí-

guez “no está comprendido dentro de los linderos de la misma finca ‘La Dalia’, sino que es independiente de la misma”. Dice el censor que la no apreciación de estas pruebas indujo al Tribunal a incurrir en evidente “error de hecho” y con ello “a la no aplicación del artículo 185 que regula la prueba trasladada”.

Concretando el yerro que aquí denuncia, dice en suma el recurrente que “Incurrió el Tribunal en error de hecho al aplicar para este caso la prueba trasladada, regulada en los artículos 185 del Código de Procedimiento Civil, la disposición contenida en el artículo 254 de la misma obra, ya que esta última disposición se refiere y regula es el valor probatorio de los documentos que en copia se aportan a un proceso, al estatuir que las copias de los documentos a que se refiere el artículo 253 tendrán el mismo valor probatorio del original en los casos allí contemplados”.

Cree el censor, y así lo asevera, que las referidas copias, “tomadas del proceso en que obran originales, y cuya autenticidad hizo constar el secretario del juzgado que ordenó la expedición... debieron haberse apreciado por el Tribunal ‘sin más formalidades’, como lo ordena el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil”; y que la “influencia de estas pruebas no apreciadas por el Tribunal es tal que de haber sido tenidas en cuenta el fallo de segundo grado no hubiera llegado a la decisión a que erradamente llegó”.

3. Desarrollando el cargo por el segundo de los aspectos, o sea por el error de derecho que le endilga al Tribunal, dice que consistió en la errónea apreciación “como prueba plena y única del dominio del demandante en el bien perseguido y la identidad de este bien con el de propiedad de aquél”, la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso.

Agrega la censura que en este concurren algunas circunstancias “que apreciadas en conjunto, restan mérito y valor probatorio tanto a la inspección judicial, como a la constancia dejada en la misma diligencia por la juez que la practicó”; que esa constancia, “según los términos en que está

concebida no puede catalogarse como ‘los resultados de lo percibido por el juez en los términos del numeral 7 del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil’”, pues que el juez basa esa constancia “en lo que en dicha diligencia indicó, afirmó y demostró el propio demandante García García, al afirmar la juez que ‘el lote mostrado al despacho por el demandante como el correspondiente al hecho primero de la demanda y de propiedad suya contiene el lote señalado en el numeral 4º de la demanda, según la demostración del lindero que en esta diligencia hizo la parte actora’”.

Y después de sintetizar el contenido de dicha diligencia de inspección, dice el casacionista que en ella se identificó el inmueble “mostrado por el demandante”, “con base en la demostración que del mismo hizo el demandante y se termina afirmando ‘que este lote (el de la reivindicación) se encuentra en terrenos de su propiedad...’”; y que “estas manifestaciones del demandante, son la base y el fundamento que sirvieron a la señora juez, para dejar la constancia que el Tribunal en su fallo acogió como prueba única y plena para dar por acreditados los elementos que son parte de la acción reivindicatoria, o sea el dominio en el demandante o identidad de lo perseguido por éste y lo poseído por el demandado”.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Como ya lo ha dicho esta Sala, en la determinación que el juez haga de la situación fáctica concreta a fin de subsuirla en la voluntad abstracta de la ley, es posible que incurra en errores, ora en cuanto a la existencia física de las pruebas en el proceso o en la objetividad que ellas demuestran, o ya en la valoración de los medios que tiene por existentes, yerros que lo conducen, por contragolpe, a violar indirectamente la ley sustancial. Se dice en tales casos, que esta forma de quebranto es la resultancia de un error manifiesto de hecho o de uno de derecho en la apreciación de los medios de prueba aducidos para demostrar los supuestos fácticos alegados como fundamento de la pretensión o de la excepción.*

Como lo ha afirmado 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 quebranta las normas legales que regulan la producción o la eficacia de la prueba, o su evaluación, es decir, cuando el juez infringe dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos. Lo cual significa que el error de hecho equivale al desacierto del sentenciador en la contemplación objetiva de la prueba, al paso que el error de derecho se traduce en la desacertada contemplación jurídica de ella: el primero es el yerro sobre la existencia o el contenido de la prueba; el segundo, sobre la valoración de ésta según el sistema legal regulativo del medio probatorio.

2ª Si bien los dos errores de apreciación probatoria, el de hecho y el de derecho, tienen como punto común el que producen idéntica consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial por inaplicación o por aplicación indebida, es lo cierto que entrambos existen muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad específica propia y que por consiguiente impiden confundirlos.

En efecto, mientras el de hecho atañe a la existencia de un medio de prueba, como elemento material del proceso, el de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que lo gobiernan. El primero, cuando se da por preterición o desconocimiento del medio, es obvio que no conduce a valoración errada, justamente porque se lo ignora; el segundo, en cambio, supone siempre que el juez parte de la existencia de la prueba en el proceso, pues este es un paso indispensable para ponderarla legalmente. Lo cual significa que el error de derecho presupone que el juez sí vio y apreció la prueba, lo que descarta el yerro de hecho.

Después de notar la diferencia existente entre estas dos especies de yerros en la apreciación de la prueba, varias veces ha

dicho la Corte que “no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para, del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo, derivar el yerro de valoración como motivo de la trasgresión del derecho sustancial. En el medio, lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero...” (CVII, 86).

3ª Al analizar la excepción de cosa juzgada el Tribunal de Armenia se refirió precisa y concretamente a las copias que, tomadas del proceso posesorio que ante el Juzgado Primero Civil del mismo circuito adelantó Augusto García García contra Lázaro Antonio Rodríguez, se allegaron como prueba al presente, para afirmar que tales copias, que fueron expedidas “por el secretario del Juzgado Primero del Circuito sin la firma del juez, no se pueden tener en cuenta”, y en apoyo de su razonamiento citó el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Si, pues, el Tribunal vio y apreció en su sentencia la prueba documental trasladada del proceso sucesorio al presente, si no la pasó por alto sino que contrariamente hizo alusión expresa a ella en su fallo, no puede decirse que incurrió en error de hecho, como lo predica la censura; lo que ocurre es que estimó dichos documentos como legalmente ineficaces por carecer de la firma del juez, y este presunto yerro del *ad quem*, por referirse a las normas legales de la valoración probatoria, sería de derecho, el que la Corte sólo podría considerar a través de su pertinente planteamiento en casación.

Pero además, es conveniente recordarlo, en su sentencia el Tribunal dijo frente a dichas copias y como razón corroborativa para rechazar la excepción de cosa juzgada, que ellas no conducen a acreditar el medio exceptivo, porque “al referirse el mentado proceso posesorio a la posesión y no al derecho de dominio como el presente puede decirse que el objeto de ambos procesos es diferente y por ello no existe cosa juzgada”, conclusión ésta que, fuera de que no contradice la evidencia que tales copias muestran, el recurrente acepta al omitir contra ella toda impugnación.

4ª *La facultad de investigar los hechos materia del proceso, y más concretamente los que se relacionan con la diligencia de inspección judicial, significa también que el juez puede tomar ciertas pruebas y recibir otras, distintas de su propio examen o de su exclusivo reconocimiento, para que los fines buscados se alcancen. Por eso la ley (art. 246 C. de P. C.), y con ella la doctrina y la jurisprudencia, autorizan que la inspección judicial se practique con peritos, caso en el cual hay concurrencia de dos medios que se complementan entre sí.*

En una inspección ocular hay que distinguir la prueba resultante de ella misma, de la que resulte de la pericial que suele acompañarla y que es concurrente con ella. Dice en efecto el inciso 7º del precitado artículo 246 que concluida la inspección, se redactará y firmará el acta, en la cual "se especificarán las personas, cosas o hechos examinados, los resultados de lo percibido por el juez, las constancias que las partes quieren dejar y que el juez estime pertinentes, el dictamen de los peritos, si fuere el caso, y los demás pormenores de su realización". No sobra pues advertir que la inspección judicial, considerada en sí misma, es prueba distinta de la pericial que con ella coexiste cuando el juez se asesora de expertos.

De lo cual resulta obvio afirmar que el precitado artículo 246 no entraña la consecuencia de que lo que no conste en el acta de la inspección se haya de entender por ello carente de comprobación, puesto que hay otros medios probatorios que pueden probar hechos diversos de los observados por el juez; cuando con esos otros medios de prueba se establecen esos otros hechos, el juez tiene que reconocerlo así, pues con justedad el concurso de los técnicos busca esclarecer, precisar o ilustrar las cuestiones en relación con las cuales se verificó la inspección judicial misma.

5ª Para determinar en el presente caso si la parcela que es materia de la reivindicación está o no comprendida dentro del contenido especial de la finca "La Dalia", de propiedad del demandante, se acudió a la inspección judicial que, con in-

tervención de los peritos Nelson Montoya Henao y Jaime Prada Aguilar, ingenieros agrónomos, se practicó el 19 de octubre de 1981.

En verdad que en esa diligencia el funcionario que la practicó, después de haber recorrido los predios, refiriéndose a la finca "La Dalia" hizo constar en el acta respectiva que "El lote mostrado al despacho por el demandante como correspondiente al hecho primero de la demanda y de propiedad suya contiene el lote señalado en el numeral 4º de la misma demanda, según la demostración del lindero que en esta diligencia hizo la parte actora". Y los dos peritos nombrados, quienes fueron allí requeridos para que conceptuaran sobre la identidad del predio perseguido por el demandante con el que el demandado posee, en dictamen concorde y razonado no deja ninguna duda al respecto de que el que es materia de reivindicación es parte integrante de "La Dalia".

Luego, si, como lo asevera el casacionista, la identidad a que alude la diligencia de inspección, sólo corresponde a una manifestación del demandante, por lo que como a tal no puede atribuirse valor probatorio, el hecho de que el predio de reivindicación es parte integrante de la finca "La Dalia", de la cual es propietario el actor, encuentra respaldo probatorio en el dictamen pericial coexistente con la inspección judicial y que el recurrente no impugna.

6ª De lo atrás dicho tiene que seguirse, como corolario obligado, que ninguno de los errores de apreciación probatoria que el impugnante denuncia aparece demostrado; y que, por lo consiguiente, el cargo formulado contra la sentencia recurrida tiene que rechazarse.

V

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *No casa* la sentencia de catorce (14) de agosto de mil novecientos ochenta y dos (1982),

proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo del recurrente.

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

Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

RESPONSABILIDAD. CLASES. CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Varias especies de ésta

Un mismo hecho puede tipificar diferentes especies de responsabilidad, con sus consecuencias de todo orden, especialmente en cuanto a la legitimación en causa activa y pasiva

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., mayo veintuno de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 8 de junio de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Manizales* en este proceso ordinario instaurado por *Lisandro Sánchez Suárez* en frente de *Darío Maya Botero*.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 8 de agosto de 1980, que fue repartido el 14 siguiente al Juzgado Segundo Civil del Circuito de *Manizales*, el citado *Sánchez Suárez* demandó al mentado *Maya Botero* a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de *mayor cuantía*, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el demandado, propietario del camión marca "Ford", modelo 1976, de placas número WA-01-02, conducido entonces por su dependiente *Hernando Llanos Gallego*, es directamente *responsable de los perjuicios* de diverso orden causados con las averías producidas al automotor de propiedad del demandante, marca "Dodge Coronet", modelo 1967, placas número HJ-00-22;

b) Que, como consecuencia, se condene al citado *Maya Botero* a pagar a su de-

mandante, junto con los *intereses* comerciales causados, la suma de \$ 345.000.00, en que éste estima el valor de dichos perjuicios, tanto los materiales, en su doble aspecto de daño emergente y lucro cesante, como los morales, y

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

2. Los hechos que el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) A las 12:30 del día 1º de septiembre de 1979, cuando *Manuel Salvador Ceballos Montoya*, chofer de *Lisandro Sánchez Suárez*, se movilizaba por las calles de *Manizales* en el taxi de propiedad de éste, marca "Dodge Coronet", modelo 1967, de placas número WA-0102, en el momento en que hacía el pare en el cruce de la carrera 23 con la calle 36 fue atropellado por la parte trasera por el camión marca "Ford", modelo 1976, de placas número HJ-00-22 de propiedad de *Darío Maya Botero* y que en ese momento estaba siendo conducido por su chofer *Hernando Llanos Gallego*;

b) Afirma el demandante en el hecho tercero de su demanda que el choque se produjo por la imprudencia del conductor del camión, pues que en ese momento iba "a alta velocidad, sin conservar la distancia establecida por el Código Nacional de Tránsito en su artículo 149... por lo que incurrió en un error de conducta que no habría sido cometido por una persona avisada, colocada en las mismas circunstancias externas".

c) Como consecuencia del accidente se ocasionaron al demandante graves perjuicios de orden material y moral: los primeros, *representados* por el daño emergente *consistente* en las averías del vehículo de su propiedad, que el demandante discrimina y relaciona en su demanda, y por el lucro cesante que le implicó no utilizar el taxi para el servicio público, pues por razón del choque no quedó en condiciones de normal funcionamiento: y los segundos, los de orden moral, con la angustia y preocupación consiguientes;

d) Añade el demandante que el señor Hernando Llanos Gallego, quien era la persona que en el momento del accidente conducía el automotor causante del daño, ejercía una actividad peligrosa "como es la de manejar un vehículo pesado en zona urbana de gran congestión de tránsito de distintas clases de aparatos y personas..."; y

e) Reitera el demandante a través del hecho 6º de su demanda que, "como ya se ha dicho, el señor Hernando Llanos Gallego, al momento de la colisión tenía una relación laboral con el señor Darío Maya Botero, consistente en que se había comprometido a actuar como dependiente a su servicio, en relación con el manejo del camión de su propiedad, lo cual lo responsabiliza extracontractualmente, en una forma directa, obligándolo de manera inmediata, al pago de los perjuicios ocasionados a terceros ya que se presume su culpabilidad, en razón de los daños causados por su empleado, con ocasión del ejercicio de sus respectivas funciones".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado Maya Botero se opuso a las pretensiones de su demandante; y en cuanto a los hechos, manifestó no constarle algunos y no ser, los demás, ciertos "como están redactados".

Expresó que el camión causante del accidente no era, para la fecha en que éste ocurrió, o sea al 1º de septiembre de 1979, de su propiedad, pues que para entonces pertenecía a los herederos de Esneda Hoyos de Maya, sucesorio dentro de cuyo activo se había inventariado dicho automotor.

En esa misma oportunidad propuso, además, la excepción que denominó de fuerza mayor o caso fortuito, fundándola en que el choque de los automotores se produjo a causa de que el camión "se encontraba cargado y el pavimento mojado", circunstancias estas que "hicieron que se deslizará y chocara".

4. Y apoyándose en lo estatuido por el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, en esa misma oportunidad el demandado procedió a llamar en garantía a la Compañía "Seguros Atlas S. A.", con el fin de que indemnice a éste, "en caso de que llegare a resultar vencido, de los perjuicios que llegare a sufrir y le reembolse el pago que tuviere que hacer, como resultado de la sentencia".

Expresó entonces, y en ello fundó el llamamiento en garantía, que entre Maya Botero y la compañía citada se acordó un contrato de seguro por \$ 50.000.00, que amparaba el referido camión por daños a terceros; y que dicho pacto comenzó su vigencia desde el 28 de septiembre de 1973, y aún regía al producirse el accidente de tránsito aquí aludido.

5. Citada que fue legalmente la sociedad llamada en garantía, mediante escrito de 31 de octubre de 1981 advino al proceso aceptando ser ciertos los hechos en que dicho llamamiento se apoyó, pero recordando, eso sí, "que la póliza expedida en su anexo de daños a bienes de terceros, tiene como máximo valor asegurado la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00)"; por lo que, añadió, "la Compañía solamente estará obligada, en el supuesto caso de una condena, a indemnizar hasta el monto de la suma anteriormente mencionada...".

Y relativamente a la demanda inicial del proceso, la sociedad llamada en garantía se opuso a las súplicas deducidas en dicho libelo, pues expresa que no hay responsabilidad del demandado Maya Botero ya que el accidente fue el resultado de un caso fortuito, "o un hecho imprevisto e irresistible, cual es el de encontrarse en ese momento el piso húmedo, que no dio paso

a que el conductor al aplicar los frenos, fuera suficiente para parar completamente el camión, ya que éste se deslizó hasta ir a chocar con el taxi”.

6. Trabada así la relación jurídico procesal, con aducción de pruebas por los litigantes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 30 de septiembre de 1981, mediante la cual, al no encontrar probada “la dependencia laboral que la demanda le asigna al conductor del camión respecto del demandado”, denegó todas las pretensiones del demandante y por consecuencia absolvió tanto al demandado como al llamado en garantía de los cargos formulados en el escrito inicial del proceso.

7. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicha providencia por el demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el que, en su sentencia de 8 de junio de 1982, confirmó totalmente la apelada e impuso al demandante las costas procesales.

II

Los fundamentos del fallo del Tribunal

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa, en el inicio de las motivaciones de su sentencia advierte el Tribunal que, en atención al hecho de donde emana, la responsabilidad civil por culpa extracontractual puede ser simple o compleja. “Es simple —dice— la que proviene del hecho personal del autor del daño; y compleja la que proviene del hecho ajeno o del hecho de un animal o de una cosa del cual la ley nos hace responsables”.

Y luego de afirmar que al paso que en la responsabilidad simple el hecho doloso o culposo tiene que ser la causa “directa e inmediata del daño”, la responsabilidad compleja, en la que el daño lo ha causado otra persona que está a nuestro cuidado, o un animal o una cosa que nos pertenece “o que se halla a nuestro servicio... la causa directa o inmediata del daño es el hecho de esa persona, animal o cosa”.

2. Después de detenerse en el análisis de los presupuestos que, según jurisprudencia y doctrina, tipifican la responsabilidad civil por culpa aquiliana, entra el *ad quem* al examen de las pruebas practicadas en el presente caso, todas las cuales relaciona en su sentencia extractando el contenido de cada una de ellas.

Refiriéndose concretamente a la inspección judicial practicada extraprocesalmente, al dictamen pericial rendido en ella, “a las fotografías en colores tomadas al vehículo dentro de la misma diligencia”, a la Resolución de 29 de enero de 1980, proferida por el Departamento de Tránsito de Manizales y al interrogatorio de parte absuelto por el demandado en el proceso, dice el Tribunal que todos estos elementos de pruebas “acreditan fehacientemente no sólo el hecho mismo del accidente sino el perjuicio o daño sufrido al automotor de propiedad del demandante”.

3. A renglón seguido estima el sentenciador de segundo grado, y esta es la razón cardinal de su fallo desestimativo, que como en el caso presente el demandante pretende hacer efectiva la responsabilidad civil que legalmente corresponde al demandado por el hecho ilícito de un dependiente suyo, es decir que “se trata de una responsabilidad indirecta o compleja”, el actor corría con el deber de acreditar “dentro del proceso el vínculo de dependencia existente entre el conductor del camión y el propietario del mismo, lo cual no se hizo, pues no existe dentro de los autos prueba alguna con la cual se establezca que el señor Hernando Llanos Gallego, conductor del camión que causó el accidente, era dependiente o trabajador del demandado. Faltó entonces acreditar fehacientemente el vínculo o nexo de causalidad entre el daño o perjuicio y la conducta culposa”.

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación el demandante. En su respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 358 del Có-

digo de Procedimiento Civil, el recurrente formula un solo cargo al fallo del Tribunal.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal al apreciar la demanda introductoria del proceso.

2. Iniciando el desarrollo del cargo expresa el censor que la providencia que él combate, por ninguna parte, "relaciona un hecho que aun implícitamente podría pensarse que está postulado en la demanda, pero que ciertamente se encuentra enunciado con eficacia procesal para ser tenido en cuenta", cual es el de que "el demandado es propietario del vehículo automotor con el cual se causó el daño, situación que ubica la obligación indemnizatoria dentro del concepto jurídico de las actividades peligrosas y la presunción de responsabilidad".

Asevera el impugnador que en varios párrafos de la demanda inicial del proceso se afirmó ese hecho como fundamento de la pretensión indemnizatoria, y al efecto cita el 2º y el 6º, que respectivamente dicen, refiriéndose al automotor causante del daño: "de propiedad del señor Darío Maya Botero que en ese momento era conducido por el señor Hernando Llanos Gallego, su chofer"; y "como ya se ha dicho, el señor Hernando Llanos Gallego al momento de la colisión tenía una relación laboral con el señor Darío Maya Botero, consistente en que se había comprometido a actuar como dependiente a su servicio en el manejo del camión de su propiedad, lo cual lo responsabiliza extracontractualmente".

Añade la censura que esa misma circunstancia se anotó en la parte petitoria de la demanda, en la que se pidió la declaración consistente en que Darío Maya Botero "es responsable extracontractual y directamente del pago e indemnización de todos los perjuicios materiales y morales ocasionados... por parte del camión, perteneciente al primero".

3. Rematando la formulación del cargo, dice la impugnación que la sentencia recurrida da por demostrados tanto el accidente ocurrido como el daño que como consecuencia de él sufrió el automotor del demandante, pero que omite toda consideración en torno a la propiedad que del camión corresponde al demandado, para, de consiguiente, dejar de aplicar la presunción de responsabilidad "consagrada en los textos de las normas que dejó de aplicar el *ad quem* y que sirven de fundamento al cargo, como consecuencia del error evidente en la interpretación de la demanda y en la determinación de señalar el titular del vehículo".

IV

Consideraciones de la Corte

De las diversas clases de responsabilidad

La necesidad jurídica de reparar un daño en que una persona se coloca frente a otra puede tener varias causas. Unas veces es la mora o el simple incumplimiento de obligaciones previamente adquiridas, evento que supone que las personas involucradas estaban atadas por un vínculo obligacional, normalmente aunque no siempre un contrato, razón por la cual la nueva obligación se denomina genéricamente como responsabilidad contractual. Otras veces hay lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar perjuicios cuando sin vínculo obligacional previo una persona le causa a otra un perjuicio. La ausencia del previo vínculo determina que a esta especie se la denomine responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad sin previo vínculo o extracontractual tiene, a su turno, diferentes especies, según sea la causa o razón para llamar a una persona a responder y según deba ser la actividad de la víctima en el proceso. En primer lugar está la responsabilidad por el hecho propio, regulada en el artículo 2341 del Código Civil, llamada también responsabilidad aquiliana, la cual está montada sobre un tripode integrado por el dolo o culpa del directo y personalmente llamado a responder, un daño o perjuicio sufrido por la víctima que se convierte en acreedora de la indem-

nización y una relación de causalidad entre aquellos y éste, todos los cuales deben ser debidamente probados en el proceso según la regla tradicional *onus probandi incumbit actoris*. En segundo lugar está la responsabilidad a que es llamada una persona no por el hecho propio que no ejecutó, sino por el que realizó otra persona que está bajo su control o dependencia, como su asalariado, su hijo de familia, su pupilo o su alumno, denominada responsabilidad por el hecho de otro.

En tercer lugar la responsabilidad a que es llamado el guardián jurídico de las cosas por cuya causa o razón se ha producido un daño. Esta tercera especie tiene a su turno dos variantes, según que las cosas sean animadas o inanimadas, doctrinariamente denominadas responsabilidad por causa de los animales o por causa de las cosas inanimadas, que respectivamente tienen su fundamento legal en los artículos 2353 y 2354 para aquella y 2350, 2351, 2355 y 2356 para ésta. La actividad probatoria de la víctima por causa de las cosas animadas o inanimadas se ven sensiblemente disminuida teniendo en cuenta la peligrosidad de las cosas y la utilidad que reportan. En efecto, en los daños causados por cosas o actividades de suyo peligrosas tiene establecida la doctrina que la culpa se presume; y en los daños causados por cosa peligrosísima de la cual no se reporte utilidad ninguna la ley presume directamente la responsabilidad (art. 2354).

Si se ha hecho una relación de las diferentes especies de responsabilidad es para sentar un principio que parece fundamental, a saber: Un mismo hecho puede tipificar diferentes especies de responsabilidad, con sus consecuencias de todo orden, especialmente en cuanto a la legitimación en causa activa o pasiva. Así por ejemplo, el incumplimiento de una obligación contractual puede generar obligación de indemnizar los perjuicios causados al acreedor, pero también los que se hayan podido causar a un tercero. El contratante acreedor tendrá acción contractual de perjuicios contra su deudor moroso. El tercero la tendrá extracontractual contra el causante del daño que sufrió. Importa sí que cada quien precise en su demanda la ra-

zón en virtud de la cual pretende ser acreedor a la indemnización, es decir, que determine adecuadamente la legitimación en causa activa.

En el campo extracontractual puede suceder otro tanto, que un mismo hecho afecte a varios o que varios puedan ser los llamados a responder. Así, si el conductor asalariado de una empresa causa un daño con el vehículo, la víctima puede optar entre demandar al directamente responsable, al conductor, o a su patrón, dentro de la modalidad de la responsabilidad por el hecho de otro, o al guardián del vehículo dentro de la modalidad de la responsabilidad por causa de las cosas, o a todos juntos como consecuencia de la solidaridad legal entre los distintos responsables, si la hubiere. Siendo varios los legitimados en causa pasiva, la víctima ejercerá una verdadera opción para demandar a quien juzgue más conveniente.

Aplicación de los principios anteriores al caso de autos

De qué clase de responsabilidad se trata en el caso de autos y cuál fue la acción deprecada? No cabe la menor duda que se trata de una responsabilidad extracontractual porque entre demandante y demandado no existía antes del accidente el menor vínculo jurídico. Es más, al parecer ni siquiera se conocían. Su situación jurídica queda en consecuencia regida por las normas dispositivas contenidas en el Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil.

Dentro de las diferentes especies de responsabilidad civil extracontractual, en la situación fáctica contemplada en el proceso se tipifican todas tres. En efecto, si se enfoca el asunto desde el punto de vista del conductor del camión causante del daño, se trata de una responsabilidad por el hecho propio. Si se analiza el aspecto tomando en consideración que el conductor era asalariado, se tipifica la responsabilidad del patrono dentro de la modalidad de la responsabilidad por el hecho de otro. Y, finalmente, si se examina el caso frente al guardián de la cosa causante del daño, el camión, se tipifica una responsa-

bilidad por causa de la cosa inanimada y, de contera, peligrosa. Cuál de todas tres se concretó en el libelo de demanda? Ciertamente se excluyó la primera. Es evidente que las dos últimas, la de la responsabilidad por el hecho de otro y la responsabilidad en razón de las cosas peligrosas, fueron planteadas conjuntamente en la demanda. Primero, porque en la narración de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones cita indiscriminadamente la circunstancia de que el camión estaba siendo manejado por un motorista asalariado del demandado y que el vehículo era de propiedad de éste. Segundo, porque entre las normas que invoca como fundamentos legales de su demanda cita también indiscriminadamente las normas que regulan la responsabilidad por el hecho de otro (arts. 2348, 2347 y 2349 del C. C.) y las que consagran la responsabilidad por causa de las cosas (arts. 2353, 2354, 2355 y 2356 *ibidem*). Tercero, porque en el *petitum* el actor concreta su pretensión sobre la hipótesis de que el demandado era dueño del vehículo y patrono del conductor. En efecto, reza así esa parte de la demanda: "Que el señor Darío Maya Botero, mayor y vecino de Pensilvania (Caldas), es responsable, extracontractual y directamente, del pago o indemnización de todos los perjuicios materiales y morales ocasionados al señor Lisandro Sánchez Suárez, con motivo del atropello de que fue objeto su vehículo, tipo automóvil, taxi, marca "Ford", modelo 1967, de placas WA-01-02, por parte del camión de marca "Ford", modelo 1976, de placas HJ-00-22, perteneciente al primero, conducido por señor Hernando Llanos Gallego, dependiente de Maya Botero al momento del hecho". Subrayó la Corte.

El error del Tribunal al fallar el presente asunto fue haber considerado la demanda como contentiva en forma exclusiva de la responsabilidad por el hecho de otro, cuando en verdad con toda claridad estaban planteadas tanto esa especie como la de la responsabilidad que se deduce al guardián jurídico de la cosa por cuya causa se ha ocasionado el perjuicio. Cuando un mismo hecho causa daños y el eventual responsable de los mismos puede serlo

por fundamentaciones extracontractuales diferentes, nada impide que todas ellas se soliciten en una misma demanda, toda vez que no son excluyentes entre sí. Y, por tanto, si ante tal demanda el fallador encontrare que no hay lugar a declarar la recabada responsabilidad con fundamento en una especie, debe necesariamente examinar la otra que también fue planteada. Y si para abstenerse de hacerlos interpreta la demanda diciendo que allí sólo se planteó una, evidentemente ese error en la interpretación de la demanda da lugar a casar la sentencia, porque ha sido el único causante de la violación, por falta de aplicación, de las normas sustanciales que definen y regulan la especie de responsabilidad que plantea simultáneamente y que no fueron tenidas en cuenta por el fallador de segundo grado. El cargo en casación está probado, pues el error en la interpretación de la demanda condujo a la inaplicación de las normas que regulan la responsabilidad por causa de las cosas.

Al entrar a examinar los elementos constitutivos de la acción deprecada encuentra la Corte que es necesario establecer a ciencia cierta quién es el titular del derecho a recabar la indemnización de perjuicios. Lo anterior por cuanto del certificado de matrícula y licencia de tránsito aportada por el propio demandante, que obra al folio 18 del cuaderno principal, aparece que el demandante le había vendido el vehículo a Pablo Emilio Salinas con anterioridad a la fecha del accidente, reservándose el dominio. Para conocer la real situación del vehículo accidentado y quién es el verdadero titular para cobrar la indemnización, debe ordenarse como prueba de oficio que el señor Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Manizales envíe con destino a este proceso una copia de los contratos celebrados entre Salinas y Sánchez y que sirvieron de base a la certificación aludida, copia de los cuales debe obrar en los archivos de esa dependencia, si el juicio de autorizar al demandante a aportararlo al proceso, si tuviere co

Con fundamento en todo lo anterior el Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia

bre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *cas*a la sentencia objeto del recurso, y obrando como Tribunal de instancia, antes de dictar la sentencia de reemplazo, decreta de oficio la siguiente prueba: Solicítese del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Manizales copia del contrato celebrado entre Pablo Emilio Salinas y Lisandro Sánchez sobre el automóvil, placas WA-01-02, cuyo texto debe obrar en el archivo de esa dependencia. Líbrese oficio. Autorí-

zase al demandante para que, si lo tiene, aporte el documento de venta aludido.

Sin costas en el recurso de casación.
Notifíquese,

Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

En el proyecto de sentencia elaborado por el ponente inicial para despachar el recurso extraordinario aquí propuesto, y que fue rechazado por la mayoría de la Sala, para no quebrar el fallo recurrido se daban las siguientes razones, que hoy reiteramos como fundamento de nuestro disenso a lo resuelto en la sentencia que antecede.

1ª Como ya ha tenido oportunidad esta Sala de decirlo, el Título 34 del Libro IV del Código Civil, consagrado a la regulación de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, según la especie de la materia tratada se divide en tres grupos de normas: el primero, constituido por los artículos 2341 y 2345, contiene los principios generales de la responsabilidad delictual del hecho personal y que se denomina responsabilidad directa; el segundo, formado por los artículos 2345, 2347, 2348, 2349 y 2352, que regulan la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra; y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355, que se refieren a la responsabilidad por el hecho de cosas animadas o inanimadas. El primer grupo enfoca la responsabilidad directa y los dos últimos la indirecta.

Sucede empero que como cada uno de estos tres grupos de normas legales contempla situaciones distintas e inconfundibles, no resulta posible resolver problemas relativos al tercer grupo, por ejemplo, con las normas del segundo o con las del primero; ni menos aplicar a la situación fáctica prevista en el primero o segundo los preceptos legales que tipifican el tercero. El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro, como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional; el derecho común de la responsabilidad por culpa aquí

liana está contenido en las normas que gobiernan el primer grupo.

2ª Como aparece inequívocamente del resumen que de él se ha hecho, mediante el cargo contenido en su demanda de casación el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, por inaplicación, de los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil, o sea, de los que rigen la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas.

Singularmente considerados, tales textos legales se refieren, en su orden, a la responsabilidad civil debida por los daños que ocasione la ruina de un edificio, acaecida por haberle omitido las reparaciones necesarias; a los causados por la ruina proveniente de un vicio de construcción; a la obligación de indemnizar los perjuicios que ocasiona un animal doméstico, aun después que se haya soltado o extraviado por culpa de su dueño o guardador; a la de reparar los daños que cause un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio; al daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado; y, por último, a la presunción de culpa por el ejercicio de una actividad peligrosa.

3ª Y si la trasgresión de la ley en la especie de inaplicación supone, como presupuesto indispensable, que la norma jurídica sí debía haberse aplicado en el fallo y sin embargo no lo fue, por imperativo de la lógica tiene que seguirse que tal forma de quebranto no se da cuando, por una o por otra razón, no corresponde hacer actuar ese específico precepto en el caso controvertido, que por ello no se aplicó en la sentencia que lo dirime.

Tal lo que ocurre cuando la norma legal que se dice inaplicada regula pretensión distinta a la deducida en la demanda ini-

cial del proceso; o, en forma general, cuando en este no están acreditados los supuestos fácticos que ese precepto contempla, es decir, cuando no hay relación de semejanza entre el hecho específico concreto y el hecho hipotético o supuesto en ese texto.

Que es justa y precisamente lo que ocurre en el caso que aquí se analiza, el cual, por corresponder, según lo asevera el casacionista, a la responsabilidad directa y no a la indirecta, tiene que gobernarse jurídicamente por los artículos 2341 a 2345 del Código Civil, y no por otros, ni concretamente por los textos que el censor estima no aplicados, los cuales, por referirse a la responsabilidad debida por los daños que cause un edificio en ruinas; o un animal fiero o uno doméstico; o, en fin, una cosa que cae o se arroja de la parte superior de una edificación, son impertinentes en el presente caso, cuyos fundamentos fácticos son ciertamente distintos de los que dichas normas contemplan. No puede afirmarse, en rigor jurídico, que ser propietario de un automotor es lo mismo que serlo de un animal fiero o de uno doméstico; o que ese vehículo es un edificio que amenaza ruinas; ni que tal titularidad, *per se*, es actividad peligrosa.

Si, como ciertamente ocurre, no existe una relación de semejanza entre el hecho específico concreto que constituye el objeto litigioso del proceso y las situaciones hipotetizadas por los referidos artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil, no procedía hacer actuar tales textos legales sustanciales. Por ende, la acusación de la sentencia por inaplicación de esas disposiciones legales sustanciales resulta palmar y lógicamente improcedente.

4º Y si debiera hacerse abstracción de la deficiencia de técnica apuntada, al decidir el cargo en el fondo tendría que decirse que no existe el error de hecho que la censura le endilga al Tribunal, mucho menos con carácter manifiesto u ostensible, pues en la interpretación de la demanda el sentenciador se ciñó al contenido objetivo que dicho escrito ostenta, sin alterar en forma grave o protuberante el texto en que se le redactó.

Bien es cierto que, como lo dice el censor, en la demanda inicial del proceso se reclama la indemnización del daño causado al demandante por el camión "Ford", modelo 1976, *de propiedad* de Darío Maya Botero y conducido por su dependiente Hernando Llanos Gallego; también lo es que en los hechos segundo y sexto de ese libelo se afirmó que el automotor que causó el daño es "de propiedad de Darío Maya Botero, que en ese momento era conducido por el señor Hernando Llanos, su chofer"; y que el citado Llanos Gallego tenía, para la época en que ocurrió el accidente, "una relación laboral con el señor Darío Maya Botero, consistente en que se había comprometido a actuar como dependiente a su servicio en el manejo del camión de su propiedad...".

Si se mira pues, como debe verse para desentrañar su verdadero entendimiento, tanto el *petitum* de la demanda como su *causa petendi*, pues así éste como aquél integran la parte esencial de tal libelo, a ojos vista aparece que la intención relevante de su autor fue deducir una responsabilidad por el hecho de un dependiente del demandado.

Sin olvidar que la afirmación de la propiedad que sobre el automotor causante del daño se dijo correspondía al demandado no fue desconocida por el Tribunal en su sentencia; contrariamente, a ese hecho alude el fallo en varios de sus pasajes; al relatar los antecedentes del pleito, al considerar probado ese supuesto fáctico con las pruebas aportadas, y, fundamentalmente, al estimar que no existía la prueba de que quien conducía el vehículo de propiedad de Darío Maya Botero era, en el momento del accidente, dependiente suyo. Luego, si el Tribunal no desconoció la propiedad que la demanda atribuyó al demandado relativamente al camión causante del daño, sino que contrariamente la aceptó al estimar que se hallaba probada, no puede decirse inequívocamente que pretermitió apreciar algunos hechos de la demanda o que cercenó su contenido.

No podía desconocer el sentenciador, como evidentemente no desconoció, que la responsabilidad que se demandaba de Maya Botero se derivaba del hecho ilícito de

su dependiente señor Llanos Gallego, como conductor que era del vehículo de propiedad de aquél, pues tal hecho viene afirmado con énfasis y en varios pasos de la demanda inicial del proceso. Siendo ello así, como en realidad lo es, la conclusión a que el sentenciador *ad quem* llegó en ese punto no puede calificarse de arbitraria, puesto que en nada, pero absolutamente en nada contradice la evidencia que ese escrito presenta.

5ª A los anteriores argumentos procede agregar hoy, como razones corroborativas de esta salvedad de voto, las siguientes:

a) Si el yerro de facto existe, como lo deduce la mayoría en su sentencia, ese error no sería trascendente en casación, puesto que si falta la legitimación en la causa activa, que es la razón que esgrime la Sala para decretar pruebas, el fallo recurrido no debió casarse, desde luego que muy a pesar del yerro la sentencia de instancia tendría que ser, ante tal deficiencia probatoria, desestimativa de la pretensión del demandante.

b) Al estimar la Corte que en el presente caso hubo error en la interpretación de la demanda, pues que el Tribunal no vio que ésta trae deducidas simultáneamente “la responsabilidad por el hecho de otro y la responsabilidad en razón de las cosas peligrosas”, está deduciendo el yerro de circunstancias muy diversas de las alegadas por el casacionista, pues es claro que éste fundamenta su censura en la consideración de que la acción ejercitada es la que corresponde a la responsabilidad por las cosas exclusivamente, y no en la que incumbe al patrono por el hecho de un dependiente suyo.

Y tal alteración de los fundamentos de la censura pugna abiertamente con el carácter extraordinario y restringido de la casación, que, como tal, limita la actividad jurisdiccional de la Corte al marco que el recurrente ha demarcado para su impugnación.

c) En rigor jurídico no puede afirmarse que la responsabilidad derivada de accidentes ocurridos con vehículos automoto-

tores, corresponde el deber de indemnizar el daño causado “en razón de las cosas peligrosas”, porque ese automotor, en sí mismo considerado, no es capaz de hechos, desde luego que como *cosa* es inerte o por lo menos pasiva; sólo puede producir hechos causantes de daño, cuando interviene el acto del hombre que lo mueve. En tal supuesto el vehículo automotor es el instrumento del daño, pero no la causa del perjuicio; ésta tiene que ser necesariamente la falta de vigilancia o la imprudencia de quien lo conduce o lo acciona.

Así parece que en los casos de accidentes automovilarios cabe la responsabilidad de su propietario, con fundamento en la guarda de la cosa, si el mismo propietario es su conductor, pues entonces es claro que el perjuicio que cause a terceros encuentra su fundamento jurídico en la incuria del dueño en la conducción; pero si el conductor del vehículo no es su dueño sino un dependiente suyo, la responsabilidad civil por el daño causado a terceros, que también existe a cargo del propietario, tiene que gobernarse por las normas jurídicas que regulan la responsabilidad del patrono por el hecho de sus dependientes.

Como en el caso presente el camión marca “Ford”, en el momento de la ocurrencia de la colisión, no estaba manejado por su propietario sino por un chofer suyo, no erró el Tribunal al aseverar que la demanda instauró una pretensión indemnizatoria de perjuicios, no por el hecho propio ni por el de las cosas, sino por el acto de un dependiente.

Las razones precedentes nos han llevado a no compartir la decisión de mayoría, y, por ello, respetuosamente dejamos consignados aquí los fundamentos de nuestro disenso.

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

Alberto Ospina Botero.

ESCRITURA PUBLICA

Otorgamiento y valor probatorio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., junio trece de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por una de las demandadas contra la sentencia de 28 de junio de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por “Cine Colombia S. A.” en frente de “Inversiones Malibú Limitada” y otra.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 31 de julio de 1980, que en repartimiento correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, la citada entidad “Cine Colombia S. A.” demandó a la sobredicha sociedad “Inversiones Malibú Limitada” y además a la “Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda - CONAVI”, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de *mayor cuantía* se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que se tenga o reconozca como inexistente el *contrato de compraventa* contenido en la Escritura Pública número 1.150 de 7 de junio de 1978, de la Notaría 7ª de Medellín, supuestamente otorgada por “Cine Colombia S. A.” en favor de “Inversiones Malibú Limitada” y en virtud del cual la primera dice vender a la segunda el departamento número 78-4 de la calle 43, cruce con la carrera 78 de la ciudad de Medellín;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la menta-

da sociedad “Malibú Limitada” a restituir a la demandante el referido inmueble, junto con todos los frutos naturales y civiles producidos por él a partir del 7 de junio de 1978, en cuantía no inferior a \$ 500.000.00;

c) Que la misma demandada debe ser condenada igualmente a pagar a la demandante, por dolo o mala fe, todos los perjuicios que le causó con ocasión de la supuesta negociación, en su doble aspecto de daño emergente y lucro cesante y en cuantía mínima de \$ 1.000.000.00;

d) Que además, y también como consecuencia de la primera de las declaraciones aquí deducidas, se declaren extinguidos la hipoteca abierta y el contrato de administración anticrética, constituidos por “Inversiones Malibú Limitada” en favor de la “Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda —CONAVI—” por Escritura número 2.664 de 23 de noviembre de 1978, pasada en la misma notaría; y

e) Que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

En subsidio de la primera de las súplicas aquí indicadas, la demandante solicitó la declaración judicial de que el *contrato de compraventa*, contenido en la precitada Escritura Pública número 1.150 de 7 de junio de 1978 de la Notaría Séptima de Medellín, es absolutamente nulo, con todas las consecuencias anteriores.

Deprecó la demandante, como subsidiaria de las dos anteriores peticiones, pero también con las consecuencias anteriormente determinadas, que se declare que es ineficaz y no produce efecto alguno ese mismo contrato de compraventa, plasmado en la referida Escritura número 1.150 de 7 de junio de 1978.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, la entidad demandante invoca los que sustancialmente quedan comprendidos dentro de las siguientes afirmaciones:

a) "Cine Colombia S. A.", domiciliada en Medellín, constituida por Escritura Pública número 1.206 de 26 de mayo de 1931, es sociedad que posteriormente ha sufrido numerosas modificaciones estatutarias, todas debidamente autorizadas e inscritas en la Cámara de Comercio en las que siempre se ha citado dentro de su objeto social la adquisición, administración y enajenación de inmuebles;

b) Dicha sociedad estuvo representada por Mario Uribe Isaza, pues fue este quien ejerció la presidencia de la compañía durante el período comprendido entre el 1º de diciembre de 1967 y el 9 de abril de 1969, siendo a la vez representante legal de "Inversiones Malibú Limitada";

c) Según la ley mercantil y los estatutos, la sociedad demandante tiene los siguientes órganos principales: Asamblea de Accionistas, Junta Directiva, Presidencia y Vicepresidencia;

d) La Asamblea General de Accionistas celebrada el 25 de marzo de 1980, a instancia de José María de Guzmán Mora incluyó a Darío López Ochoa en la comisión que habría de aprobar el acta de esa sesión, y éste, diciendo que había sido encargado para examinar situaciones anteriores de la empresa, manifestó que "el actual libro de actas... salta de la página 2562 a la 2566 y sólo la 2564 se usó para una constancia ante la Cámara de Comercio, las demás se extraviaron. No aparece tampoco la 2968. El acta 2502 está remendada... Falta la página 2480 de las Actas y están trocadas del 2485 al 87 y la página 2480 debe contener decisiones trascendentales, entre otras las firmas de los miembros de la junta que autorizaron las decisiones de esa Acta la número 2479. *Respecto a un apartamento que el señor gerente anterior compró para él, dañando la contextura del edificio global, aparece en la página 2488 sin mediar identificación del secretario que hizo esa salvedad con un año de retroactividad. Hay pues, una corrección de un*

acta de un año atrás, para facilitar y acomodar la adquisición por el gerente de un inmueble de la sociedad, situado en la esquina de la carrera 78 con calle 43 a continuación del Teatro América para el señor Mario Uribe Isaza 'una vez que se solicite el corespondiente avalúo comercial' y no hay constancia de la fecha en que fue hecha la aclaración y aparecen luego las firmas de algunas personas pretendiendo validar esa acta. La página 2463 está adulterada gravemente porque esta se refiere a la que pudo haber estudiado el problema del apartamento mencionado y aparecen borrados los asistentes con una adulteración notoria": En esa misma reunión se aprobó, por unanimidad de los asistentes, designar una comisión para que "estudie y analice detenidamente todos los actos, negocios y hechos indebidos que fueron objeto de críticas, de censuras y de glosas durante la Asamblea";

e) Conforme a los estatutos vigentes para cuando Mario Uribe Isaza era presidente de Cine Colombia S. A., a él correspondía la representación legal, el gobierno y la dirección de la empresa, tenía sin embargo una limitación estatutaria para celebrar contratos por valor de más de \$ 2.000.000.00, para lo cual requería autorización y aprobación previas de la Junta Directiva, lo mismo que para la enajenación o hipoteca de inmuebles, sin consideración a la cuantía del contrato;

f) La Junta Directiva de "Cine Colombia S. A." estaba y continúa integrada por cinco consejeros principales, con sus respectivos suplentes, de los cuales tres hacen *quorum*, y necesitaba el voto de tres de los cinco consejeros para la adopción de decisiones: a ese organismo correspondía, según los estatutos, "*Resolver qué propiedades inmuebles deben adquirirse o enajenarse por la Compañía y fijar las bases sobre las cuales puede el presidente celebrar los contratos respectivos*", se reunía ordinariamente dos veces al mes y extraordinariamente por convocación del presidente o dos de sus miembros; sus deliberaciones y decisiones constaban y debían constar en actas, firmadas por el presidente y el secretario y, eventualmente, por los demás miembros;

g) Ocurrió que el 30 de mayo de 1977 tuvo lugar una reunión ordinaria de la Junta Directiva de Cine Colombia S. A., en la cual intervinieron Iván Jaramillo, Jorge Valencia y Luis Enrique Uribe, como miembros principales, el mismo Mario Uribe Isaza como presidente de la compañía y Pablo Pérez, vicepresidente administrativo, cuyo desarrollo se plasmó en el Acta número 2463, páginas 2413 y 2414 del Libro de Actas de ese año, sin que en ella aparezca que se hubiese autorizado la venta del apartamento a quien entonces era el presidente de la sociedad, ni menos a favor de "Inversiones Malibú Limitada"; esa acta, que aparece con borrones y enmendaduras, fue leída y aprobada "sin objeciones" en la sesión del 20 de julio de 1977, según Acta número 2464. Las dos actas aquí referidas, las números 2463 y 2464, figuran en el libro respectivo correspondiente al año de 1977, en las páginas 2413 y 2418;

h) En el libro de actas correspondiente al año de 1978, cuando aún actuaba como presidente de "Cine Colombia S. A." el citado Uribe Isaza, apareció intercalada entre las páginas 2484 y 2485 de dicho libro, una página de número 2488, como acta adicional de la reunión ordinaria de 30 de mayo de 1977, en la cual se autorizó la venta del apartamento de la carrera 78, calle 43, "al señor Mario Uribe Isaza, una vez se haya solicitado el correspondiente avalúo comercial de tal inmueble", acta adicional esta que aparece firmada por Gustavo de Greiff, quien no firmó el Acta número 2463 de 30 de mayo anterior, Iván Jaramillo, Jorge Valencia y Luis Enrique Uribe, miembros principales de la junta, los empleados de la compañía y el propio presidente; faltó sin embargo la firma del secretario. Son ostensibles las irregularidades del acta, pues no hubo reunión en que tal cosa se tratara, el acta no tiene fecha, da la impresión de que se incluyó diez meses después;

i) No hubo, pues, determinación de la Junta Directiva en torno de la enajenación del inmueble especificado, siendo como era, indispensable su autorización al respecto, la que, por lo demás, estaba sujeta para ejecutarla a que se solicitara y prac-

ticara un avalúo comercial del apartamento, y a que la venta se realizara en favor de Mario Uribe Isaza, y no de la compañía que también él representaba, pues a la vez era su presidente, "Inversiones Malibú Limitada";

j) Dentro de la organización de la sociedad demandante, los vicepresidentes, designados por la Junta Directiva pero sometidos en sus funciones al presidente, tienen posibilidades de suplencia de éste, comenzando por el vicepresidente financiero, pero sólo en los casos de falta absoluta, temporal o accidental del presidente titular;

k) Darío Fernández Arcila efectivamente ejerció el cargo de vicepresidente financiero de la entidad "Cine Colombia S. A.", sin embargo su renuncia le fue aceptada por la junta directiva en la reunión que ésta celebró el 15 de mayo de 1978, en la cual designó para reemplazarlo a Mario Restrepo Restrepo, cuyo nombramiento como tal fue inscrito en la Cámara de Comercio de Medellín el 30 de mayo de ese mismo año, a Fernández se le liquidaron sus prestaciones sociales el 21 de ese mismo mes de mayo;

l) No obstante lo anterior, el 7 de junio de 1978 el citado Fernández Arcila, "cuando ya estaba completamente desvinculado de 'Cine Colombia S. A.' y sin ninguna facultad, ni poder de ninguna índole", compareció ante el Notario 7º de Medellín y otorgó la Escritura número 1150 de esa fecha, invocando la calidad de "representante legal sustituto" y con certificado de la Cámara de Comercio expedido el 27 de abril de 1978, expresando además que estaba autorizado por la junta directiva según Acta número 2463, la que sin embargo no se protocolizó, y ante ese funcionario por dicha escritura manifestó vender a favor de "Inversiones Malibú Limitada", representada por Mario Uribe Isaza, el dicho apartamento por la suma de \$ 700.000.00;

ll) "... como puede verse, —dice la demandante en el hecho 35 de su libelo— en este caso aberrante, desde cualquier ángulo que se le examine, se presentan monstruosas irregularidades, que acreditan la manera peculiar como don Mario Uribe Isaza presidía a 'Cine Colombia S. A.': co-

mo que se celebró lo que contiene la Escritura número 1150 de junio 7 de 1978, sin la verificación de las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación en razón del acto o contrato; como que faltan varios, si no todos, de sus elementos esenciales, como la capacidad jurídica y el consentimiento de 'Cine Colombia S. A.', que es completamente ausente; como que contraría normas imperativas e incurre en ilicitud en el objeto y en la causa; y como que se tipifican eventos en que de acuerdo con la ley comercial en tales circunstancias el acto no produce efectos y es ineficaz de pleno derecho; en todos los anteriores supuestos que son de orden público cualquiera sea el que se acepte, se tendrá forzosamente o la inexistencia, o la nulidad absoluta o la ineficacia del acto o de la tentativa de acto, que se pretendió plasmar en la precitada escritura...";

m) Mediante la Escritura Pública número 2664 de 23 de noviembre de 1978, otorgada en esa misma notaría y que se inscribió en la Oficina de Registro de allí, la sobredicha sociedad "Inversiones Malibú Limitada", gravó con hipoteca abierta y contrato de administración anticrética el referido apartamento en favor de la entidad "Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda —CONAVI—", gravámenes que tienen que extinguirse "por la resolución del aparente derecho de 'Malibú Limitada', sobre dicho inmueble..."; y

n) Dice la demandante, que la actuación "y supuesta negociación... que prefabricó el señor Mario Uribe Isaza, cuando simultáneamente era presidente de 'Cine Colombia S. A.' y gerente de 'Inversiones Malibú Limitada'..." le ha ocasionado muy graves perjuicios, pues se "partió un excelente inmueble... por lo cual el desmedro del resto de la propiedad, con la segregación del apartamento ha disminuido notablemente sus posibilidades económicas para efectuar allí algún negocio o construcción...".

3. En su oportuna contestación a la demanda la demandada "Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda —CONAVI—" expresó, luego de reconocer como ciertos

los hechos atinentes a los pactos celebrados y sus cláusulas y de exigir la prueba para los demás, que en la celebración de los contratos de mutuo con hipoteca y administración había obrado con la más buena fe. Manifestó, además, que ninguna objeción podía formular a "la discusión provocada por los demandantes", pues que no le compete a ella dicha controversia "porque no fue parte en el negocio jurídico que se impugna, y las acciones que de él derivan incluyendo la de rescisión es de carácter eminentemente personal".

En esa misma oportunidad esta demandada, fundándolas en dichas afirmaciones, propuso como de fondo las excepciones que denominó "Falta de legitimación en la causa por pasiva en lo tocante a CONAVI" y "la de buena fe".

La otra demandada, "Inversiones Malibú Limitada", no contestó oportunamente la demanda. No obstante ello, en su alegato de conclusión presentado en la primera instancia del proceso niega que en el contrato de compraventa impugnado existan los vicios que la demandante le enrostra; explica que existen muchos precedentes según los cuales la venta de bienes de "Cine Colombia S. A." se hicieron a favor de empleados de la empresa, de cualquiera categoría que éstos fueran; da las razones que impulsaron a Mario Uribe Isaza a hacer figurar como compradora del departamento a esta demandada, muy a pesar de que la autorización se dio para enajenar a aquél.

Y en cuanto a la fecha de la escritura contentiva de la compraventa, asevera que ninguna trascendencia tiene ésta frente a la real, que es la en que verdaderamente se otorgó, porque para entonces aún representaba a la firma vendedora Darío Fernández Arcila.

4. Con aducción de pruebas pedidas por las partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 11 de septiembre de 1981, mediante la cual resolvió el litigio así:

a) Declaró que el contrato "que se pretendió celebrar" mediante la Escritura Pú-

blica número 1150 de 7 de junio de 1978, otorgada en la Notaría Séptima de Medellín, es inexistente; b) como consecuencia condenó a la compradora, "Inversiones Malibú Limitada", a restituir a la demandante el inmueble que fue objeto de la compraventa; c) la condenó igualmente a pagar a ésta, por concepto de frutos civiles producidos por ese bien, la suma de \$ 192.225.00; d) denegó la condenación que la demandante pidió por razón de perjuicios; e) dispuso que "Cine Colombia S. A.", como vendedora del departamento tiene que pagar a la sociedad compradora, por concepto de intereses, la suma de \$ 136.500.00; f) absolvió a la demandada "Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda —CONAVI—" de todos los cargos contra ésta formulados por "Cine Colombia S. A.", en la demanda inicial del proceso; y g) finalmente impuso a esta sociedad las costas procesales a favor de la entidad absuelta y a la demandada vencida las referentes a los puntos debatidos con la demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra lo así resuelto por la demandante y la demandada vencida, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, después de rituar la instancia, incluso con el decreto y práctica en ella de audiencia pública, por su sentencia de 28 de junio de 1982 decidió la alzada tomando estas resoluciones:

a) Confirmó el fallo apelado; b) dispuso "adicionarlo... en el sentido de que no hay lugar a condenar a la firma 'Malibú Limitada', a cancelar en favor de 'Cine Colombia S. A.' la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) moneda legal, por otros conceptos referentes con el daño emergente y lucro cesante y de que trata la solicitud segunda..., toda vez que no aparecen demostrados plenamente tales perjuicios"; y c) decidió, por último, que las costas de la segunda instancia las deben pagar la demandante a la demandada absuelta y la demandada vencida a la demandante.

6. Contra la sentencia del Tribunal interpusieron casación las mismas apelantes, o sea "Cine Colombia S. A.", como demandante, "Inversiones Malibú Limitada" co-

mo demandada; mas como aquélla desistió luego del recurso extraordinario propuesto, la impugnación ha quedado reducida a la inconformidad de esta con la decisión del Tribunal.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tomando por punto de partida la preceptiva legal contenida en los artículos 1494 y 1502 del Código Civil, inicia el Tribunal las consideraciones de su fallo marcando la diferencia entre los requisitos para la existencia y los requisitos para la validez de los actos jurídicos: dentro de los primeros cita el consentimiento, el objeto y la causa; y dentro de los segundos la capacidad, el consentimiento exento de vicios, el objeto y la causa lícitos.

En el capítulo de su sentencia que titula "Origen de la doctrina de la inexistencia", el *ad quem*, apoyado en citas de autores nacionales y extranjeros, dice que este instituto de la inexistencia jurídica "se produce cuando falta al acto jurídico un requisito o elemento sin el cual es imposible concebirlo". Trayendo algunos ejemplos para fortalecer su aserto, afirma que "No se puede concebir un acto en que falte la voluntad y el consentimiento".

2. Pasa luego el sentenciador a estudiar el objeto, la causa, la capacidad, la solemnidad y otros requisitos que llama "especiales", como elementos indispensables para la existencia de una declaración de voluntad. Se refiere en seguida a la jurisprudencia de la Corte Suprema, para decir que ésta también ha reconocido la teoría de la inexistencia del acto jurídico y ha marcado la diferencia que hay con la nulidad de él.

Asevera el sentenciador de segundo grado, que la legislación mercantil nacional de Colombia expresamente señala la inexistencia de un acto comercial cuando este se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales, según lo proclama el artículo 898 del Código de Comercio.

Considera que si en el presente caso se ha cuestionado la existencia de un contrato ajustado entre dos sociedades comerciantes, las cuales, según sus estatutos, tienen como fin la adquisición y enajenación de la propiedad inmobiliaria, este conflicto tiene que regularse por la legislación mercantil.

3. Asentados por él los anteriores dos postulados básicos, después de resumir las pretensiones de la demandante acomete el análisis del Acta de la Junta Directiva de "Cine Colombia S. A.", marcada con el número 2463 y de fecha 30 de mayo de 1977, particularmente en cuanto a los reparos consistentes en que en ella nada se dijo en relación con la venta del apartamento referido atrás, acta que fue aprobada sin objeción alguna en la sesión posterior inmediata, realizada el 20 de junio siguiente, a la que correspondió el número 2464.

Observa que, según la demanda, "aparecen en las páginas números 2415, 2416, 2417 y 2418" del libro de actas correspondiente al año de 1977, las dos referidas; y que posteriormente, "correspondiente al año de 1978, cuando aun continuaba el mismo presidente de la compañía, doctor Mario Uribe Isaza, en la página número 2488, aparece un acta adicional", que se dice que por "una omisión en el acta de la reunión de 30 de mayo de 1977", se la adiciona autorizando la venta "del apartamento situado en la esquina de la carrera 78 calle 43... , al señor Mario Uribe Isaza una vez se haya solicitado el correspondiente avalúo comercial de tal inmueble".

Estima el Tribunal, y así lo expresa en su fallo, que "no obstante las graves irregularidades cometidas en la adición del Acta número 2463 de 30 de mayo de 1977", no puede decidir nada frente a ella, pues "lo cierto es que dentro de los pedimentos formulados en el libelo, no se solicitó el aniquilamiento de dichas actas...".

4. En el capítulo de su sentencia que denomina "Elementos de juicio" el sentenciador alude expresamente a la Escritura Pública número 1150 de 7 de junio de 1978, y al certificado expedido el 16 de julio de 1980 por el secretario de la Cámara de

Comercio de Medellín, documentos de los cuales cita apartes trascendentes.

"Es evidente —reza la sentencia impugnada— que si a la fecha en que se suscribió la escritura mencionada (7 de junio de 1978), el señor Mario Uribe Isaza aparecía en el Registro Mercantil, inscrito como representante legal de la sociedad 'Cine Colombia S. A.' y a su vez figuraba y continúa como representante legal de la compañía 'Inversiones Malibú Limitada.', sociedad esta última que aparece como adquirente del inmueble, es lógico concluir que no podía actuar como representante legal de 'Cine Colombia S. A.'..."; añade que si tal circunstancia se considera, como el Tribunal lo cree, como una falta accidental de dicho representante para el solo efecto de suscribir la escritura de venta, tiene que concluirse en que sí se "justificaba perfectamente la actuación de la persona que estuviera desempeñando en esa fecha el cargo de vicepresidente financiero, de acuerdo a lo establecido en los estatutos".

Inmediatamente observa el sentenciador que, sin embargo, "otra fue la situación real que se presentó. De acuerdo al certificado expedido por la Cámara de Comercio de esta ciudad, a partir del 30 de mayo de 1978, aparece inscrito en su condición de vicepresidente financiero el señor Mario Restrepo y como se observó la escritura fue extendida el 7 de junio de 1978, cuando el señor Darío Fernández Arcila, había cesado en sus funciones".

Y luego de reiterar la situación fáctica que encontró probada con los documentos referidos, concluye en que el acto de compraventa que se plasmó en la sobredicha escritura pública "en forma alguna podrá vincular a la Compañía 'Cine Colombia S. A.'...", puesto que fue realizado a su nombre por quien a la sazón no era su representante legal.

5. Como razón corroborativa de la conclusión a que en su sentencia llega, dice el *ad quem*, que si, por vía de hipótesis, se aceptara que sí se otorgó la autorización para la venta del precitado apartamento y que ese mandato se concedió con el lleno de las formalidades legales correspondien-

tes, tiene que aceptarse que el encargo no se cumplió cabalmente.

Explanando su aserción, expresa la sentencia, después de observar que la autorización se dio para vender a Mario Uribe Isaza, como persona natural, que la enajenación "ha debido hacerla quien representaba la compañía ante la ausencia temporal del presidente, o sea el vicepresidente financiero..., al señor Mario Uribe Isaza como persona natural y no a una compañía familiar que éste representa, como la escritura se realizó en favor de la firma Inversiones Malibú Limitada".

6. Con el claro propósito de argüir otra razón para fortalecer su conclusión de inexistencia jurídica del contrato impugnado, el Tribunal estima que no se cumplió la exigencia previa para la negociación, ordenada por la junta directiva de la sociedad vendedora, vale decir, que se hubiera avaluado comercialmente el inmueble, exigencia esta que, al decir del *ad quem*, "determinaba el consentimiento para la negociación".

Cree el sentenciador de segundo grado, y así lo asevera, que "la fotocopia obrante a folio 21 del cuaderno número 2...", documento que fue allegado al proceso con el propósito de demostrar el cumplimiento de dicha exigencia, sólo puede tenerse como prueba desde su fecha cierta, que es la del "día que se efectuó la primera autenticación o sea el 7 de abril de 1980, o sea con posterioridad a la fecha de la escritura"; y que los testigos llamados a declarar, "en forma alguna indicaron que tal avalúo fue realizado con anterioridad a la fecha de la venta del apartamento, ni puede colegirse lo anterior de todo lo narrado en sus declaraciones".

7. Finalmente, entra el sentenciador a regular, como consecuencia de estimar inexistente jurídicamente el contrato de compraventa, lo relativo a las restituciones recíprocas que deben hacerse las partes. Al efecto considera a la demandada vencida como poseedora de mala fe, puesto que Uribe Isaza, quien a la sazón era representante legal tanto de "Cine Colombia S. A." como de "Inversiones Malibú Limitada", o sea de vendedora y compra-

dora, "tenía perfecto conocimiento de las graves anomalías que se presentaban con el contrato de compraventa, por tal razón su gerente conocía perfectamente las omisiones y vicios del contrato"; consideró en cambio a la demandante como de buena fe, pues que quien actuó en su nombre, "indicando ser su representante legal no lo era cuando se extendió la escritura...".

III

El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la sociedad "Inversiones Malibú Limitada". En la correspondiente demanda la recurrente formula contra dicho fallo un solo cargo, que sitúa dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por inaplicación, de los artículos 13, 14, 35, 38 y 40 del Decreto 960 de 1970, 37 del número 2163 del mismo año, 1602, 1603, 1630, 1634 y 1635 del Código Civil, 171 y 871 del de Comercio; de los textos 1849 y 1502 del Código Civil y 905 del de Comercio, por interpretación errónea; y por aplicación indebida de los artículos 1508, 1512, 1625, 1740, 1741, 1746 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936, y 898 a 900 de la codificación comercial, todo ello a causa de los errores manifiestos de hecho en que habría incurrido el sentenciador al apreciar las pruebas.

2. En el proemio del desarrollo del cargo, recuerda el casacionista que el fundamento cardinal del fallo por él impugnado consiste en que Darío Fernández Arcila compareció a otorgar la Escritura número 1150 de 7 de junio de 1978, cuando ya estaba desprovisto de la representación legal de "Cine Colombia S. A.", por lo que esta compañía no actuó entonces en dicho acto el cual por consiguiente no tiene por qué vincularla. Añade que el sentenciador dio, en apoyo de su conclusión, las siguientes dos razones adicionales, a saber: a) que la venta fue autorizada a favor de Mario Uribe Isaza, como persona natural, y sin embargo se hizo a "Inversiones Malibú Limitada"; y b) que dicha negociación fue

autorizada por la Junta Directiva de la compañía vendedora sobre la base de un avalúo comercial previo, exigencia que no se llenó.

Discriminadas y precisadas así por el censor las tres razones fundamentales del fallo, el casacionista pasa en seguida a atacar éstas separadamente.

3. Frente al argumento cardinal, lo impugna así:

La copia xerográfica de la Escritura número 1150, en su encabezamiento permite ver que habiéndose escrito la minuta, en ella se dejaron en blanco los espacios para anotar el día y el mes de la escritura, "que vinieron a ser escritos luego, en otra máquina: 'siete (7) '——' junio '...'; que en ella consta, en la parte final, que la vendedora presentó paz y salvo de impuestos nacionales de 17 de mayo, paz y salvo de valorización de Medellín, fechado el 5 de junio de 1978 y paz y salvo de impuesto predial, expedido el 31 de mayo del mismo año; y, además, que la compradora presentó paz y salvo nacional, expedido también el 17 de mayo; que el certificado de la Cámara de Comercio relativo a la existencia y representación de la entidad demandante, "fue solicitado en abril de 1978 y expedido el 27 de abril de ese año"; que Darío Fernández Arcila, vicepresidente financiero de "Cine Colombia S. A." hasta el 30 de mayo, expresó en su declaración jurada que cuando "firmé la minuta lo hice una o dos semanas antes de retirarme" de la compañía y que no se sabe por qué razones la notaría no protocolizó "la minuta en el momento en que firmé...".

Dice el impugnante que Pablo Pérez Pérez, alto empleado de "Cine Colombia", como vicepresidente que es de esta sociedad desde 1978, quien aparece firmando el acta adicional atrás referida, asevera en su testimonio rendido en este proceso que la firma de las actas de la junta directiva "se hacía generalmente después" de asentadas estas; que él, como secretario que a la sazón era de dicha entidad, por error de su parte no dejó constancia en el acta de la reunión de 30 de mayo de 1978 de la autorización de la venta del apartamento a Uribe Isaza, y que tal yerro fue corregido

después por la misma junta con la adición al Acta número 2463; que también los testigos Guillermo Moreno y Fabio Pardo Uribe, integrantes de la misma junta directiva, dan cuenta en sus declaraciones juradas que la autorización sí se dio en esa fecha; que el notario que autorizó la escritura número 1150 de 7 de junio de 1978, Bernardo Valderrama, en su versión jurada que rindió declaró que "Normalmente las escrituras se protocolizan en las fechas de su firma, ya que la última firma que lleva toda escritura pública es la del notario..."; y que otro miembro más de esa junta, el señor Jorge Valencia, también expresó bajo la gravedad del juramento que ella sí "aprobó venderle al señor Mario Uribe", previo un avalúo que efectivamente se hizo, "pero no recuerdo qué firma lo realizó".

Avanzando en el desenvolvimiento del cargo por este primer aspecto, manifiesta el casacionista que en la diligencia de exhibición con inspección judicial practicada en las oficinas de "Cine Colombia", se encontró un recibo de caja expedido por dicha entidad a Mario Uribe, de 3 de agosto de 1978, con créditos varios por partidas singulares, en cuantía total de \$ 700.000.00 "para cancelar compra Teatro América"; que también se presentó en dicha diligencia, en fotocopia, la carta que suscrita por Miguel Betancour de "Escobar Alvarez y Compañía" le fue remitida a la aquí demandante el 2 de agosto de 1977, contenida del avalúo comercial dado al inmueble tantas veces citado; y que además Jesús Alfonso Jaramillo, secretario y jefe de relaciones de Cine Colombia de 1971 a 1976 y asistente de la presidencia de 1970 a 1980, en su testimonio afirmó haberse enterado "oportunamente de la autorización dada para la venta del apartamento a don Mario Uribe, y de comentarios que se hicieron respecto a la legalidad del negocio".

4. Concretando el yerro de hecho que le enrostra al Tribunal, dice el impugnador que aquél "no observó, ni los testimonios, ni la situación de la fecha de la escritura, ni las fechas de los comprobantes fiscales, pruebas todas debidamente aportadas, que indican ciertamente que la escritura fue otorgada con semanas de anterioridad

a su autorización por el notario, en el mes de mayo, antes del 21, y no el 7 de junio, y que, por consiguiente, cuando el doctor Fernández Arcila suscribió como representante legal de Cine Colombia, tenía esa investidura, y obró legítimamente en nombre y representación de ella, en ejecución de lo ordenado por su junta directiva de tiempo atrás”.

Y después de recordar las etapas necesarias para constituir la escritura pública, asevera que según el propio estatuto notarial (arts. 14, 35, 40, 43 del Decreto 960 de 1970) la autorización o firma del notario es la última integrante de ese acto, que este funcionario realiza una vez cumplidos los requisitos formales y presentados los comprobantes pertinentes, por lo que se previene legalmente la posibilidad de que dichos comprobantes “lleguen luego de la firma de la escritura por los otorgantes, de modo que los instrumentos sean numerados, fechados y autorizados posteriormente con la firma del notario”.

“De lo anterior se sigue, incuestionablemente, —dice la censura— que el Tribunal se atuvo a la fecha física que lleva la Escritura 1150 (7 de junio), desentendido por completo de la realidad alegada y demostrada de que el notario autorizó la escritura sólo ese día, pero que ella había sido firmada semanas atrás por los interesados, en oportunidad en que quien se declaró representante legal de Cine Colombia, tenía esa investidura”, por lo que, concluye, cometió “un error de hecho evidente al no observar la materialidad del grafismo de la fecha de la escritura, el testimonio del notario, el testimonio del entonces vicepresidente financiero, la nota sobre los comprobantes anexos y su fecha, y esos mismos comprobantes y sus fechas y el certificado de la Cámara de Comercio”.

5. El ataque a la segunda razón sustentatoria de la sentencia, o sea a la de que la venta se hizo no a Mario Uribe Isaza, como estaba autorizado, sino a la sociedad “Inversiones Malibú Limitada”, se traduce esencialmente en los siguientes argumentos:

Que según la normación positiva en Colombia (arts. 1846 y 1857 del Código Civil

y 905 del Código de Comercio) la compraventa es contrato oneroso, bilateral, comutativo, en algunos casos solemne, pero jamás se le ha agregado el calificativo de *intuitu personae*, ni en lo que hace al vendedor, ni menos en lo que hace al comprador; que en el presente caso, en ninguna parte de los antecedentes, aparece que se hubiera autorizado una venta en consideración a la persona del comprador, o que “la individualidad del comprador y sus caracteres personales hubieran sido determinantes del consentimiento de la vendedora”; que “El Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1849 Código Civil y 905 Código de Comercio al entenderlos de modo de autorizar la consideración de la compraventa como un contrato *intuitu personae*, dejó de aplicar el artículo 1630 Código Civil al perder de vista que la prestación puede ser satisfecha por el deudor o por un tercero, y los artículos 1634 a 1635 Código Civil al no tener en cuenta que puede recibir por el acreedor, con igualdad de efectos, la persona diputada por él o aún un extraño en actuación ratificada expresa o tácitamente por el acreedor”.

Continuando en el desenvolvimiento de la censura por esta segunda fase, añade el casacionista a renglón seguido que “a más de ello, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho en la apreciación del acta adicional de la junta del 30 de mayo de 1977 y en la de los testimonios atrás referidos”, pues que ni de aquella ni de estos “se puede inferir siquiera la conjetura de que el negocio hubiera sido considerado o tenido por la vendedora como *intuitu personae*, y, por el contrario, el doctor Fernández, representante de la vendedora, dice haber obrado en la convicción, plenamente fundada, de que era indiferente que quien comprara fuera don Mario Uribe a nombre propio o para la sociedad constituida por él con su señora y sus hijas”.

6. Colocado ya el recurrente frente a la tercera razón fundamental de la sentencia por él impugnada, o sea la de que no se obtuvo previamente a la negociación el avalúo comercial del bien, dice que contrariamente a lo sostenido por el Tribunal dicha exigencia, obligatoria sólo para la vendedora, sí se cumplió, lo que, agrega,

se halla debidamente probado en el proceso.

En la diligencia de inspección judicial practicada se adujo "fotocopia de la comunicación enviada por Miguel Betancur a nombre de Escobar Alvarez & Cía Ltda. el 2 de agosto de 1977 a Cine Colombia S. A., sobre el avalúo del apartamento, en \$ 700.000.00"; también se aportó en esa misma oportunidad la carta de este señor Betancur a los abogados de la demandante, "confirmatoria de la práctica del avalúo y de su expedición a Cine Colombia", pruebas éstas que el Tribunal malinterpretó, incurriendo así en ostensible error de hecho que lo condujo a sostener que no se había practicado el avalúo previo del inmueble. "No tuvo en cuenta —afirma el casacionista refiriéndose al juzgador de segundo grado— el texto de la diligencia de exhibición, el texto de la fotocopia y el documento que obra al folio 205 del cuaderno tercero, en donde consta una fecha cierta: '7 agosto 1977', proveniente de la misma demandante...".

Añade la censura que también incurrió en error evidente de hecho el Tribunal al apreciar los testimonios rendidos en el proceso, pues que éstos "sí dan cuenta del avalúo comercial, anterior a la venta...".

7. Estima el impugnador, y así lo asevera para combatir la sentencia que impugna, que aún suponiendo que no hubiera preexistido a la compraventa el avalúo comercial del bien, esa falta no conduciría a la inexistencia del contrato, pues que la compraventa se reputa perfecta desde que las partes se pongan de acuerdo sobre la cosa y el precio, como aquí ocurrió. "La presencia de un precio en que las partes estuvieron concordes ha de hacer presumir que Cine Colombia lo obtuvo de su propia cosecha, (alude al avalúo comercial previo)..."; que el avalúo no es un requisito sustancial de la venta, exigido por la ley para su formación, por lo que, concluye el recurrente, "este apoyo rebuscado del Tribunal para su fallo de inexistencia se manifiesta inocuo, fatuo, del todo pretextual e ilógico".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Parece ya verdad averiguada afirmar que el fin supremo del Estado consiste en asegurar y garantizar la convivencia pacífica de un grupo humano, vale decir, proteger el interés social. Y con el propósito de alcanzarlo realiza, mediante los diversos organismos que integran su estructura, el servicio público, o sea la actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general.

La necesidad de reglamentar los negocios y contratos de los particulares, a fin de dar legalidad, autenticidad y publicidad a los actos que ellos celebran, aparece así como un deber fundamental del Estado, cuyo cumplimiento apunta hacia la prestación de un servicio público.

Respecto de actos y contratos el legislador colombiano siempre ha depositado la fe pública en el notario, para que con la intervención de este funcionario queden ellos amparados de una presunción de veracidad, que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para exigir su cumplimiento, si ello fuere necesario, a través del poder coercitivo del Estado.

Ya lo establecía así el Código Civil, al decir en su artículo 2576 que "En el notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar y su confianza de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo"; principio este que reiteró con indiscutible claridad el legislador de 1970 cuando, mediante el artículo 1º del Decreto 960, estatuyó que "El notariado es una función pública que se presta por el notario e implica el ejercicio de la fe notarial"; y la Ley 29 de 1973 relievó aún más el carácter público de dicha función, cuando por su artículo 1º estableció que "la fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que este exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece".

2ª El sistema de Derecho Notarial adoptado en Colombia está regido, entre otros,

por el principio de la literalidad. Por tanto, la actividad del notario en ejercicio de la función que le es propia, es esencialmente documental; respondiendo a esa función esencial que cumple el notario, los actos por él intervenidos deben constar ordinariamente por escrito.

Cuando el orden jurídico exige que una determinada declaración de la voluntad privada, sea revestida de la forma de una escritura pública para alcanzar los efectos deseados por el declarante, se indica que debe emitirse ante notario; y que sin el cumplimiento de estos requisitos, sin el empleo de la forma escrita, el negocio no producirá ningún efecto o no nacerá a la vida del derecho.

Por escritura pública se entiende, según lo preceptúa el artículo 13 del Decreto 960 de 1970, "el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo".

3ª La elaboración de la escritura pública supone la realización de varios actos que, unidos entre sí como partes integrantes de un solo todo, forman el proceso de su producción. La recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización son, a términos de lo que indica el precitado artículo 13 in fine, las cuatro etapas o momentos indispensables para la perfección de la escritura pública: sólo cuando se hayan cumplido tales cuatro pasos o fases sucesivas puede decirse ciertamente que se ha producido el instrumento público de dicha especie.

Establece el artículo 14 ibídem que la recepción "consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados"; la extensión "es la versión escrita de lo declarado"; el otorgamiento "es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido"; y la autorización consiste en "la fe que impre el notario a éste, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados". De manera que la autorización, que representa la declaración del notario de que todo lo narrado en el instrumento ha ocurrido realmente y ha

sido percibido por él de vista y de oídas, es la culminación del proceso y como tal la firma del notario, a que equivale dicha autorización, solamente puede estamparse cuando los requisitos legales para el perfeccionamiento de la escritura pública están totalmente cumplidos. "El notario autorizará el instrumento —dice el artículo 40 del decreto en cita— una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar".

Sin que le sea hoy permitido al notario dejar en suspenso la autorización de una escritura a la que faltare algún requisito que impida la culminación del instrumento, como se lo posibilitaba el artículo 42 de ese mismo Decreto número 968, pues dicha norma fue expresamente derogada por el artículo 46 del Decreto número 2163; y como el precepto derogado no fue sustituido por otra disposición, debe concluirse en que cuando ocurra el caso por ella previsto, el notario tiene que negar la autorización, anotando los motivos que justifican la negativa.

De todo lo cual se infiere que la autorización es, dentro del proceso de producción de la escritura, un grado o etapa tan importante, a tal punto que sin ella no puede hablarse de escritura pública. "El instrumento que no haya sido autorizado por el notario —preceptúa el artículo 100 del mismo decreto— no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal", aun cuando la Superintendencia de Notariado y Registro puede disponer que el instrumento se suscriba "por quien se halle ejerciendo el cargo" en el caso de que la falta de la firma del notario se deba "a causas diferentes de las que justifican la negativa de la autorización".

4ª Los artículos 18, 19, 20, 22 y 23 del Decreto 960 sobredicho establecen los requisitos integrantes de la estructura formal de la escritura pública: se refieren ellos a la inteligencia, perdurabilidad y seguridad del instrumento, así como al señalamiento de algunos elementos indispensables para la existencia de la escritura como tal.

Es verdad que en tal preceptiva no se indica en forma expresa como requisito el señalamiento de la fecha en que se otorga el instrumento. Tal ausencia no puede significar, sin embargo, que dicho señalamiento no sea un requisito fundamental de la escritura el que parece obvio pertenece a la esencia de esta y a su alcance probatorio que le asigna la ley, pues conforme al artículo 264 del Código de Procedimiento Civil el documento público, en cuanto a su fecha y al hecho de haberse otorgado, está amparado por presunción de autenticidad.

Tan esencial es el señalamiento de la fecha en la estructura de la escritura pública que el artículo 99 del Estatuto Notarial, en su numeral 4, indica expresamente la fecha, lo mismo que el lugar de su autorización, como elemento fundamental para la validez formal de la escritura pública. Dice en efecto esta disposición que "desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras... 4. Cuando no aparezca la fecha y el lugar de autorización, la denominación legal del notario, los comprobantes de la representación, o los necesarios para autorizar la cancelación".

5ª Otorgada que sea por los interesados y autorizada por el notario una escritura pública, de acuerdo con los requisitos externos propios de la especie de documento público, queda a partir de entonces amparada por la presunción de autenticidad, "mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad" (arts. 251 y 252 C. de P. C.); cosa que puede hacer la parte contra la cual se opone al contestar la demanda, si el instrumento se acompaña a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordena tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia (art. 289 ibidem).

Es pues incuestionable el mérito extraordinario que la ley reserva a la prueba por escritura pública: hace fe en todo cuanto el notario, como guardián de la confianza general, presencia por la vista y el oído, y por esto, en lo que atañe al otorgamiento y a la fecha del instrumento hace plena prueba tanto respecto de las partes como de terceros; estos son hechos que se de-

muestran por sí mismos con el instrumento: probat se ipsam.

Pero si la existencia y la fecha de un instrumento público son oponibles no sólo contra las partes contratantes sino también contra terceros, erga omnes; por lo que contra las unas y los otros debe darse por demostrado el hecho de haberse otorgado la escritura pública en cierto día, tal como aparece de la lectura del instrumento, no ocurre lo propio en cuanto a la verdad de las declaraciones que allí hayan hecho los interesados, pues ellas no hacen plena fe sino contra sus declarantes y sus causahabientes.

6ª Para el caso que aquí se analiza la presunción de autenticidad que, relativamente al otorgamiento y a la fecha de la Escritura Pública número 1150 de 7 de junio de 1978, establece la ley, no se ha infirmado o desvirtuado, desde luego que la entidad demandada, "Inversiones Malibú Limitada", ni siquiera intentó formular contra dicho instrumento escriturario y en la oportunidad legalmente indicada la tacha de falsedad. Luego, se impone aceptar que la comparecencia de las partes, lo mismo que el asentimiento suyo al instrumento extendido y la autorización notarial de este ocurrieron en la ciudad de Medellín, el 7 de junio de 1978, pues esto y no otra cosa es lo que aparece de la lectura de su texto.

No encamina el casacionista su ataque a la sentencia, es verdad, hacia la demostración de que la precitada escritura número 1150 no hubiese sido firmada por el notario el 7 de junio de 1978, o sea en la fecha que en ella se expresa; lo que el impugnante pretende ciertamente es hacer ver que el Tribunal no consideró algunos medios de prueba, y en esto funda el error de hecho que le enrostra al sentenciador *ad quem*, que dan base para afirmar que la escritura referida se otorgó por los interesados, no el 7 de junio como en ella se indica, sino "con semanas de anterioridad a su autorización por el notario, en el mes de mayo, antes del 21...", y que, por consiguiente, "cuando el doctor Fernández Arcila suscribió como representante legal de Cine Colombia, tenía esa investidura y

obró legítimamente en nombre y representación de ella...".

Pero del hecho de que las pruebas que en la censura se citan como no apreciadas o apreciadas indebidamente, indiquen que la etapa del otorgamiento de la escritura se produjo antes del 7 de junio de 1978, no puede seguirse que el proceso de producción de ella se hubiese perfeccionado o culminado antes de dicha fecha, pues sólo en ésta, como lo expresa el instrumento y lo reconoce el propio recurrente, el notario autorizó la escritura. Y no podría decirse, sin contrariar el sentido y espíritu del legislador plasmado a través de los artículos 99 y 100 del citado Decreto 960, que antes del mencionado día el instrumento hubiera adquirido la calidad de escritura pública o que desde entonces existiera como tal.

7ª Es cierto que tanto los comprobantes fiscales, como el certificado sobre la existencia y representación legal de la sociedad "Cine Colombia S. A." tienen fechas anteriores al 7 de junio de 1978; y es verdad también que Darío Fernández Arcila, quien fue vicepresidente financiero de dicha compañía hasta el 30 de mayo de ese mismo año, expresó en su declaración jurada que cuando él firmó la minuta "lo hice una o dos semanas antes de retirarme". Tales probanzas son sin embargo irrelevantes para concluir en que la Escritura Pública número 1150 de 7 de junio de 1978, pasada en la Notaría Séptima de Medellín, hubiera alcanzado existencia como tal antes de esa fecha, puesto que, como ya se ha dicho, solamente ese día culminó su elaboración con la autorización del notario y por ende sólo entonces se perfeccionó el proceso de producción del instrumento.

Que Bernardo Valderrama, quien en su calidad de Notario Séptimo de Medellín autorizó la escritura pública referida, hubiese dicho en declaración testimonial rendida posteriormente que él generalmente no protocolizaba las escrituras "en las fechas de su firma, ya que la última firma que lleva toda escritura es la del notario", no es en rigor jurídico prueba eficaz que conduzca necesariamente a demostrar que la precitada escritura corresponde a una

fecha diferente de la que ella expresa en su texto; pero tampoco a evidenciar que su otorgamiento, o sea el asentimiento expreso que los interesados prestaron al documento extendido, se produjo "con semanas de anterioridad a su autorización por el notario, en el mes de mayo, antes del 21...".

Cuando dicho declarante actuó en ejercicio de la fe pública en él depositada legalmente, expresó que el "siete (7) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978)..." compareció ante él Darío Fernández Arcila, "representante legal sustituto de Cine Colombia S. A." y manifestó que estando "debidamente autorizado por la junta directiva de dicha compañía"... "transfiere a título de venta y en favor de Inversiones Malibú Limitada, el derecho de dominio que tiene sobre el siguiente inmueble...". No dijo entonces, como lo afirmó posteriormente en declaración jurada, que la expresión de la voluntad de las partes vertida en esa escritura se hubiera hecho en fecha anterior; y como es apenas obvio que merece mayor credibilidad la afirmación que una persona hace como notario en un instrumento público, que la que después haga esa misma persona como mero testigo, pues allá lo hace como depositario o guardián de la confianza general, fuerza es aceptar que el otorgamiento y la autorización de la escritura en mención no se produjeron en fechas diferentes, sino que tanto ésta como aquél ocurrieron el mismo día: 7 de junio de 1978.

8ª Todo lo cual significa que el Tribunal de Medellín no incurrió en el error de hecho que el casacionista le endilga, puesto que aún en el supuesto de que el sentenciador hubiera considerado expresa y específicamente las pruebas que la censura estima no apreciadas, su conclusión habría sido necesariamente la misma: que cuando Darío Fernández Arcila ejecutó el acto jurídico contenido en la escritura pública tantas veces mencionada, ya no era representante legal de "Cine Colombia S. A.", y que como a la sazón carecía de esa investidura no obró legítimamente en nombre y representación de la compañía vendedora.

Pero aún en el supuesto de que la anterior conclusión no fuere acertada, no podría decirse inequívocamente que el error de hecho que el Tribunal habría cometido en el análisis de la prueba fuese manifiesto, ostensible y evidente y que por ello dé base para casar la sentencia impugnada, por impedirlo la imposibilidad de precisar la fecha en que, en esa hipótesis, habría tenido ocurrencia el otorgamiento de la escritura pública. Porque si, como lo pretende el propio recurrente, las pruebas indican que la escritura "fue otorgada con semanas de anterioridad a su autorización por el notario, en el mes de mayo", esta expresión amplia e imprecisa en la ocurrencia temporal del hecho a que ella se refiere, no autoriza decir si tal otorgamiento ocurrió antes del 21 de mayo, o entre esta fecha y el 7 de junio; esa duda o vacilación en el punto impide que se hable de error de hecho manifiesto.

9ª Por cuanto el fundamento cardinal en que el Tribunal Superior de Medellín apoyó su fallo estimativo de la pretensión principal del demandante, o sea el consistente en que Darío Fernández Arcila compareció a otorgar la Escritura número 1150 de 7 de junio de 1978 cuando ya estaba desprovisto de la representación legal de la sociedad vendedora, ha salido incólume de los ataques que contra él formuló el casacionista, la Corte se considera relevada del deber de estudiar las censuras con-

tra los demás pilares del fallo impugnado, pues aún en el evento de salir estas victoriosas, la sentencia recurrida no podría casarse por encontrar fundamento plausible y suficiente en el primero y fundamental de sus tres razonamientos.

Conclusión, de todo lo dicho es, pues, la de que el cargo resulta ineficaz y por ello impróspero.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Jorge Salcedo Segura, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

C A S A C I O N

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Falta de aplicación

En qué consiste este concepto de violación. Se puede hacer actuar el precepto aplicable al caso controvertido sin citarlo expresamente en el fallo. A la Corte no le es dado completar cargos deficientemente formulados ni variar el concepto de la violación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., junio veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante principal contra la sentencia de 5 de agosto de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este *proceso ordinario* instaurado por *Cecilia Bustamante Medina* contra *Amelia Moreno Acero*.

I

Antecedentes

1. El 7 de mayo de 1979, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Bogotá y que reconocieron ante el Notario Sexto de aquí, se ajustó entre las citadas Bustamante Medina, por una parte, y Moreno Acero, por la otra, el *contrato de promesa de compraventa* cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) La primera se comprometió a transferir a favor de la segunda, y ésta a comprar, el derecho de propiedad sobre el departamento de habitación número 202 de la división interna del edificio denominado "Federmán Setenta", ubicado en el área urbana de Bogotá, demarcado con el número 53-17 de la carrera 36-A y compren-

dido dentro de las alindaciones generales que en dicho contrato se consignan;

b) Manifestó la prometiente vendedora que el inmueble por ella prometido enajenar es de su exclusiva propiedad, pues que lo adquirió por compra que hizo a la sociedad "Edificio Federmán Setenta Limitada" por Escritura número 1104 de 5 de junio de 1972; que se halla libre de embargos, limitaciones del dominio, patrimonio de familia y que en cuanto a hipotecas, "únicamente pesa sobre dicho inmueble la establecida a favor del *Fondo Nacional del Ahorro*";

c) Acordaron los contratantes como precio del bien que prometieron compravender la suma de \$ 1.300.000.00, que la prometente compradora se obligó a pagar así: \$ 200.000.00 que en esa fecha entregó a la prometiente vendedora, quien expresó haberlos recibido a su entera satisfacción; \$ 100.000.00 representados en el valor de su cesantía a que tiene derecho "como empleada de la *Corporación Cafetera de Ahorro —CONCASA—*, que girará la precitada Corporación a la presentación de este documento"; \$ 100.000.00 con "el producto de ahorros propios, que se entregarán con el valor de la precitada cesantía"; \$ 400.000.00, "con préstamo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, que tramitará ante la *Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda —CONCASA—*, respaldado con hipoteca de primer grado sobre el precitado inmueble"; y los \$ 500.000.00 restantes, "con el producto de

un préstamo que la *prometiente compradora* está tramitando con la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda —CONCASA—, que se entregará a la *prometiente vendedora* una vez se le presente la escritura de compraventa e hipoteca de primer grado a favor de la misma Corporación, debidamente registrada”;

d) Mediante la cláusula octava del pacto, acordaron las convencionistas que la escritura mediante la cual se perfeccionaría el contrato prometido se otorgaría en la Notaría 13 de Bogotá, el 31 de julio de ese mismo año, “o antes o después si las partes lo convienen de común acuerdo”, evento en el cual “la parte interesada notificará a la otra por escrito sobre la nueva fecha, con no menos de 48 horas de anticipación”;

e) Obligose la contratante Bustamante Medina a entregar a Moreno Acero el inmueble que aquélla prometió enajenar a ésta, “el día que se haya cancelado la totalidad de su precio”;

f) Estipularon las convencionistas que los \$ 200.000.00 entregados entonces como parte del precio, “constituyen arras de la presente negociación”, suma que, en caso de incumplimiento de lo pactado, quien los dio los perdería, o las devolvería en suma doblada la prometiente vendedora, si el incumplimiento es suyo; y

g) Expresaron, por último, que la promesa de contrato ajustada “tiene validez siempre y cuando la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda —CONCASA— le apruebe a la prometiente compradora el préstamo de vivienda a que tiene derecho como empleada de la Corporación”.

2. No se otorgó la escritura de la compraventa prometida en la fecha acordada al efecto, o sea el 31 de julio de 1979. Sin embargo, la prometiente vendedora remitió a la prometiente compradora la carta de 17 de septiembre de 1979, en la cual le dijo que como “se está dilatando demasiado la firma de la escritura... y basándome en las cláusulas contractuales de la promesa fijo como última fecha” para el otorgamiento de ésta “el día 20 de septiem-

bre de 1979 a las 4 p. m. en la Notaría 13 de Bogotá”; y

3. Llegada que fue esta última fecha, tampoco se perfeccionó el contrato de compraventa prometido en mayo anterior.

II

El litigio

1. Mediante libelo que fue repartido el 2 de octubre de 1979 al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, la citada Cecilia Bustamante Medina demandó a la mentada Amelia Moreno Acero 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 de la demandada en las obligaciones que para ella generó, el contrato de promesa de compraventa por ellas concertado y contenido en documento privado suscrito en la ciudad de Bogotá el 7 de mayo de 1979;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$ 200.000.00, estipulada en el contrato “como pena indemnizatoria”; y

c) Que se la condene además a pagarle las costas procesales que se causen.

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante invocó, a más de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que sustancialmente quedan comprendidos en las siguientes afirmaciones:

Que ella, como promitente vendedora, cumplió todas las obligaciones que el contrato le produjo, pues entregó oportunamente a la prometiente compradora los títulos de propiedad del inmueble objeto de la promesa, lo mismo que el certificado del registrador, documentos que la demandada los usó para tramitar el préstamo; que igualmente pagó el impuesto predial correspondiente al inmueble, hasta diciembre de 1979; que el 31 de julio de ese año estuvo lista a otorgar la escritura de venta, tal cual se había pactado inicialmente; que posteriormente, en la nueva fecha acordada al efecto, o sea el 20 de

septiembre siguiente, también se allanó a cumplir esta específica obligación, pues estuvo en la notaría y a la hora señaladas; que, en cambio, la prometedora compradora no cumplió ni se allanó a cumplir con las obligaciones que para ella generó el contrato, pues en ninguna de las dos fechas se presentó a la Notaría 13 a otorgar la escritura, sencillamente porque no obtuvo la concesión del préstamo, con el cual se comprometió a pagar el saldo del precio; y que no dio tampoco la autorización para que la compañía prestataria tramitara el préstamo y entregara su valor a la promitente vendedora.

3. En su oportuna contestación a la demanda, la demandada se opuso a la declaración deducida en ella y en cuanto a los hechos afirmados, salvo los atinentes a la celebración del contrato de promesa y sus estipulaciones concernientes al precio y fechas acordadas para el pago, negó los demás. Afirmó que la escritura no se otorgó el 31 de julio "porque para esa fecha todavía no estaba aprobado el préstamo solicitado" por ella a "CONCASA"; que para el 17 de septiembre de ese mismo año, cuando la prometedora vendedora resolvió conceder nuevo plazo para perfeccionar el convenio prometido, "ya no había lugar a la retractación del contrato"; que, contrariamente a lo afirmado por la demandante, fue ésta y no la demandada quien se negó a otorgar la escritura; que el cuarto contado del precio, o sea el de \$ 400.000.00, no estaba obligado a pagarlo Moreno Acero "antes de correrse la escritura correspondiente"; y que el saldo de \$ 500.000.00 sólo tenía que cancelarlo "con los dineros provenientes del préstamo... cuando la escritura de compraventa e hipoteca hubiesen sido resgistradas".

En esa misma oportunidad la demandada propuso, como de mérito, la excepción que denominó incumplimiento del contrato.

4. Durante el término del traslado de la demanda inicial, la demandada, apoyándose 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 la contrademandada está obligada a cumplir el contrato de promesa de compraventa por ellas ajustado el 7 de mayo de 1979, o sea a otorgar la escritura de venta del apartamento descrito y especificado;

b) Que se condene a aquélla a pagar a la contrademandante todos los perjuicios que con su incumplimiento causó a ésta, indemnización que estima en la suma de \$ 18.000.00 mensuales, junto con los intereses bancarios de las sumas entregadas como parte del precio; y

c) Que se impongan a la contrademandada las costas del proceso.

En subsidio de las dos primeras súplicas anteriores, deprecó la contrademandante las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de Cecilia Bustamante Medina en las obligaciones que para ella generó el ya aludido contrato de promesa por ellas acordado el 7 de mayo de 1979;

b) Que, como consecuencia, se condene a la citada Bustamante Medina a restituir a la Moreno Acero la suma de \$ 400.000.00, que de ésta recibió como abono al precio acordado; y

c) Que se la condene igualmente a pagarle \$ 200.000.00 que se estipuló y entregó a título "de arras penitenciales".

5. Como fundamento de sus pretensiones la reconviniente alegó, además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, los siguientes:

Que descontada del precio acordado la suma de \$ 400.000.00 que la prometedora vendedora recibió en los tres primeros contados, el saldo quedó reducido a \$ 900.000.00, los que debía cancelar a aquélla la "Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda —CONCASA—", "cuando las partes le presenten copia de la escritura de compraventa e hipoteca, debidamente registrada"; que Moreno Acero, como promitente compradora, oportunamente solicitó de dicha compañía el préstamo por esa cantidad, habiendo autorizado su entrega

a Bustamante Medina; y que no obstante que el préstamo fue concedido, sin embargo ésta no se presentó el 20 de septiembre de 1979 a firmar la escritura de compraventa e hipoteca, cuya minuta había sido elaborada por la sobredicha Corporación de Ahorro, prestamista de los \$ 900.000.00.

6. Enterada que fue la contrademandada de la demanda de mutua petición, no dio empero contestación a ella.

7. Trabada así la relación jurídico-procesal, con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 4 de noviembre de 1981, mediante la cual decidió el litigio así:

a) Denegó las súplicas de la demanda principal y como consecuencia absolvió a la demandada de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ella; b) acogiendo las peticiones subsidiarias de la demanda de reconvencción, decretó, por incumplimiento de la contrademandada, la resolución del contrato de promesa de compraventa concertado por las litigantes el 7 de mayo de 1979; c) condenó a la reconvenida a restituir a la reconviniente, la suma de \$ 400.000.00 que de ésta recibió aquélla como parte del precio, junto con los intereses legales causados “desde la presentación de la demanda y hasta cuando el pago se verifique”; d) condenó igualmente a Cecilia Bustamante Medina a pagar a Amelia Moreno Acero la cantidad de \$ 200.000.00, suma acordada como “cláusula penal”; e) condenó a ésta a devolver a aquélla, “el inmueble materia del contrato que se resuelve”; f) negó las peticiones principales deducidas en la demanda de mutua petición; y g) finalmente impuso a la demandante principal y contrademandada las costas procesales.

8. Como efecto de la apelación que la demandante Bustamante Medina interpuso contra lo así resuelto por el juzgado *a quo*, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que, luego de haber rituado la segunda instancia, mediante fallo proferido el 5 de agosto pasado, infirmó el apelado y en su lugar declaró absolutamente nulo el contrato de promesa de compraventa, citado co-

mo fuente de las obligaciones cuya efectividad se demandó.

Y como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato, condenó a la demandante principal Cecilia Bustamante Medina a restituir a su demandada Amelia Moreno Acero la suma de \$ 400.000.00, recibidos por aquélla de ésta como parte del precio del inmueble prometido en venta, junto con los intereses legales, “desde el día de su entrega hasta cuando el pago se verifique, más la corrección monetaria que se liquidará conforme al artículo 308”.

III

Motivación del fallo de segundo grado

1. Después de referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, advierte el juzgador *ad quem* que debe primeramente analizar si el contrato de promesa de 7 de mayo de 1979, cumple todos los requisitos que para su eficacia jurídica exige el artículo 89 de la Ley 153 de 1883, pues que en caso negativo tiene que oficiosamente declarar su nulidad, si esta es absoluta y aparece de modo manifiesto.

2. Orientando su estudio hacia ese punto de mira, recuerda el Tribunal que según la norma legal referida la promesa de celebrar un contrato requiere para su eficacia de los siguientes cuatro presupuestos, a saber: a) que conste por escrito; b) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces, por no concurrir los requisitos del artículo 1511 del Código Civil; c) que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y d) que se determine de tal suerte el contrato prometido, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Estima el sentenciador *ad quem*, y esa es la razón fundamental de su fallo, que a la promesa de contrato que generó el litigio le falta el último de los presupuestos indicados, puesto que en ella, como aparece de bulto, “no existe fecha cierta para que la prometedora reciba por parte de la Corporación Cafetera de

Ahorro y Vivienda CONCASA los 900.000.00 pesos del saldo de la compraventa. La minuta que obra a folios 32 y siguientes del cuaderno número uno, aunque no aparece firmada por ninguna de las partes intervinientes en este negocio, tampoco aparece que hubiera sido tachada de falsa, por el contrario, en la Escritura número 2531 de septiembre 20 de 1979 (fl. 6 cuad. princ.), la demandante reconoce, se dice que el vendedor declara haber recibido en este mismo acto a su entera satisfacción la suma de \$ 900.000.00, violando lo estatuido por el artículo 1934 del Código Civil, 'Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario'.

"Por otro lado, imposible gravar el mismo bien con dos hipotecas de primer grado, como se anota en la cláusula sexta. Estos hechos hacen que la promesa de compraventa materia de esta providencia, no produzca obligación alguna para las partes contratantes, de acuerdo al artículo 89 ordinal 4º de la Ley 153 de 1887, al no determinarse en forma clara y precisa la entrega del saldo o sea la suma de 900.000.00 pesos y el gravamen hipotecario que se hace sobre el mismo bien. Esta nulidad absoluta, es una sanción impuesta por la ley a los que no se sujetan a sus mandatos o burlan sus prohibiciones".

3. Deducida pues por él la nulidad del contrato, pasa el Tribunal a regular las restituciones recíprocas debidas por los convencionistas, y al efecto, con aplicación del artículo 1746 *ibidem*, dice:

"Las cosas deben volver al estado anterior, como se hallarían las partes si no hubiere existido el contrato nulo; la vendedora ha de devolver a la compradora el dinero que ésta le entregó como parte del precio, o sea la suma de \$ 400.000.00, junto con sus intereses legales, desde la fecha de su recibo hasta cuando sea cancelado. Teniendo en cuenta que en la promesa —agrega el juzgador de segundo grado— aparece que el bien relacionado en el documento será entregado a la firma de la escritura pública respectiva y ésta no se llevó a cabo, no hay lugar a disponer su restitución, por parte de la presunta compradora".

IV

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandante.

En su respectiva demanda la recurrente, luego de expresar que está de acuerdo con las tres primeras resoluciones de la providencia del Tribunal, o sea las referentes a la revocación del proveimiento apelado, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de promesa y la restitución de la suma de \$ 400.000.00, por ella recibida de la demandada como parte del precio de la cosa prometida en compraventa, disposiciones que dice consentir en todo su alcance, limita su impugnación a la condena que a ella se le impone de devolver intereses legales de esa suma, más la corrección monetaria.

Delimitada así la extensión del recurso extraordinario, el impugnante formula contra esas dos específicas decisiones de la sentencia del *ad quem* un solo cargo, apoyado en la causal primera de casación. Mediante él acusa esta parte resolutive del fallo de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, del artículo 1746 del Código Civil, y de los textos 963, 964 y 969 *ibidem*, "por su dependencia e incidencia en este caso".

2. En desarrollo de la censura el casacionista, después de transcribir el contenido de las normas legales que estima violadas con el fallo que combate, afirma que ellas "hacen pensar de inmediato que si el Tribunal las hubiera aplicado, su decisión habría sido más lógica y legal que la planteada".

Añade el impugnante, concretando su ataque a la ordenación de pagar intereses legales, que en este aspecto erró el juzgador de segundo grado por "no haber dado aplicación al artículo 1746 del Código Civil que en su inciso 2º habla sobre las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud del pronunciamiento de nulidad absoluta, respecto a los intereses y frutos, teniendo en cuenta los casos fortuitos, la buena o mala fe de las partes y todo ello según las reglas genera-

les..."; y agrega que "Como el deber de restitución de cada una de las partes no aparece exigible sino desde el momento en que en forma definitiva queda anulado el contrato, mal puede por lógica exigirse pago de intereses antes de este momento procesal porque hacerlo sería constituir en una pena la exigibilidad de los intereses antes de ese momento y en la nulidad no existe exigibilidad hasta tanto no se ha resuelto en forma definitiva la decisión judicial que así lo declare".

3. Enfilando su ataque a la resolución de devolver la corrección monetaria que corresponda a la suma de dinero anticipada como parte del precio de la venta prometida, dice el impugnador que aquí también incurrió en error *in judicando* el Tribunal, puesto que "en vez de darle aplicación a las normas que he declarado como violadas, trajo del cabello para sustentar su decisión un principio general de derecho: 'El enriquecimiento sin causa', el cual no se aviene con los efectos que produce la declaratoria de nulidad de un acto o contrato".

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, afirma su autor que "Es ilógico pensar que solamente percibe perjuicios Amelia Moreno por haber entregado parte del precio sin recibir el bien; debe pensarse también en el perjuicio que ha podido recibir Cecilia Bustamante, ya que al realizar la promesa de compraventa hoy declarada nula deseaba y pretendía recibir el saldo del precio ofrecido por Moreno en su debida oportunidad para cubrir con ello sus necesidades y obligaciones contraídas; al no haber ocurrido así naturalmente que sufre una serie de traumas y perjuicios incalculables, ya que pudo haber comprometido con terceros el valor del saldo del precio que había pensado recibir".

Expresa la censura para rematar el cargo: "Aceptar las condenas que hace el Tribunal respecto al pago de intereses de Cecilia Bustamante a Amelia Moreno a la rata legal, desde cuando recibió el dinero hasta cuando se efectúe el pago y en la misma forma la condena de la corrección monetaria sería como aceptar una pena a cargo de Cecilia Bustamante, siendo que

precisamente de ello no se trata cuando se produce la declaratoria de nulidad judicial de un contrato".

V

Consideraciones de la Corte

1ª Ya lo han dicho concordé y repetidamente la doctrina y la jurisprudencia que es deber del juez, al decidir el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, hacerlo *secundum jus*, vale decir, buscando la necesaria congruencia entre la voluntad abstracta del legislador manifestada en una ley y la que él declara para el caso concreto que resuelve en su fallo.

Cuando al apreciar el mérito del derecho sustancial el juez se equivoca, incurre en un error in judicando que se traduce en no hacer actuar en el caso litigado la verdadera y real voluntad del legislador, ora sea por inaplicación (error por omisión), ya por aplicación indebida o ya por interpretación errónea de ella (error por comisión).

2ª *El quebranto de la ley sustancial en la especie de falta de aplicación o inaplicación ocurre cuando al dictar el fallo el juez no hace actuar el precepto pertinente, debiendo haberlo aplicado en él. De ahí que, como con sobrada razón lo ha dicho la doctrina universal, la no aplicación de la norma legal sustancial se traduce en el error sobre la existencia y validez del precepto; es decir, por el desconocimiento que el juez tiene de él, o ya porque, partiendo de su existencia, le desconoce validez en el tiempo y en el espacio.*

Ello no obstante, en los sistemas positivos en los que, como sucede en el colombiano, la casación autoriza entrar al análisis de las pruebas cuando éste se denuncia como violación medio del quebranto de la norma sustancial que se le endilga a la sentencia acusada, también puede llegarse a dicha violación por falta de aplicación cuando el juez, dando por sentadas la existencia y vigencia de la norma jurídica, no la aplica al caso litigado por estimar erróneamente que en el proceso no están acreditados los supuestos fácticos que ella con-

templa; es decir, cuando no encuentra relación de semejanza entre el hecho específico concreto que estudia y el hecho hipotetizado por el precepto legal.

Cuando el sentenciador encuentra justificados en el caso controvertido los supuestos fácticos regulados por la norma, tiene el indeclinable deber de subsumirlos en la voluntad abstracta que ella determina para tutelar el derecho reclamado; si así no procede infringe entonces la ley sustancial por falta de aplicación, porque siendo imperioso hacerla actuar en el fallo no la aplica sin embargo en él.

3ª En el caso de este proceso el Tribunal de Bogotá, después de haber llegado a la conclusión de que el contrato de promesa de compraventa concertado por los litigantes el 7 de mayo de 1979 es absolutamente nulo, en cumplimiento de lo imperado por el artículo 1746 del Código Civil entró a regular las restituciones recíprocas a que da lugar la declaración judicial de nulidad. Y así dispuso que la prometedora vendedora tiene que devolver a la prometedora compradora la parte del precio que ésta entregó a aquélla en esa fecha, junto con los intereses legales causados desde entonces y la corrección monetaria; dijo en este punto, además, que como el bien prometido en venta no salió de la tenencia de Cecilia Bustamante, ni por ende estuvo nunca, ni está siendo detentado por Amelia Moreno, es impropio condenar a ésta a restituir un inmueble que no tiene.

Para así decidir el Tribunal de Bogotá tomó apoyo jurídico en el precitado artículo 1746, y en concordancia con éste, así no los haya citado expresamente en su fallo, en las demás normas reguladoras de las prestaciones mutuas que la ley impone al poseedor vencido y al reivindicante victorioso. Luego, el simple contenido de la sentencia combatida en casación autoriza afirmar, sin la menor hesitación, que el Tribunal sí aplicó e hizo actuar en su fallo tales preceptos; siendo ello así, como en realidad lo es, el cargo formulado por falta de aplicación de unas normas sustanciales que la sentencia sí aplicó cae al vacío. Si el recurrente considera equivocada la sentencia en ese aspecto era deber suyo de-

nunciar como quebrantadas, por aplicación indebida o interpretación errónea, esas normas sustanciales, que son las que constituyen el cardinal fundamento del fallo y cuya aplicación, por falta de impugnación en el punto, sigue amparada por la presunción de acierto.

4ª Cabe observar, finalmente, que como cada uno de los tres conceptos del quebranto de la ley sustancial, o sea la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea, es diferente, con acierto la Corte ha sostenido que no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la violación o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar.

Reiterando esta doctrina, en sentencia del 5 de diciembre de 1969 dijo la Corte: "... el principio acusatorio y el de la positividad del juzgador privan de modo absoluto en el recurso extraordinario de casación, en forma tal que la impugnación del fallo y su alcance constituyen la pauta a que ha de ceñirse estrictamente la Corte. Así circunscrita y limitada su capacidad decisoria, a ésta no le es dado completar cargos deficientemente formulados ni modificar su sentido, ni variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente. De esta suerte, la censura que no satisfaga las exigencias legales en su formulación está condenada al insuceso" (G. J., t. CXXXII, 205).

5ª La defectuosa formulación del cargo lo conduce, pues, a su ineficacia, y en consecuencia a su rechazo.

VI

Decisión

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 5 de agosto de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA. Formas procesales que existían antes de regir el actual Código de Procedimiento Civil

Nulidad por trámite inadecuado y por falta de emplazamiento de personas que debieron ser vinculadas al proceso. Sólo puede alegarla el tercero que no fue llamado o que lo fue ilegalmente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., julio cinco de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Se entra a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el proceso ordinario de Jorge Cajiao Mateus contra José de Jesús Moreno Moya, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Antecedentes

Cajiao Mateus, alegando en su favor su calidad de dueño derivada de la adjudicación que se le hizo del inmueble de la calle 68 número 22-45/49 de esta ciudad, dentro del proceso de sucesión de Jorge Cajiao Candia, en el cual también se liquidó la sociedad conyugal que éste tuvo con su esposa Laura de Cajiao, promovió contra Moreno proceso *reivindicatorio de ese inmueble*.

El demandado, al recibir la notificación del auto admisorio de la demanda, se opuso a la reivindicación expresando que realmente era poseedor, pero desde una época anterior a la que en el libelo se indicó, en virtud de lo cual estimó haber adquirido el inmueble disputado por usucapión; consecuente con su planteamiento propuso la excepción de *prescripción extintiva de la acción de dominio incoada* y, además, formuló demanda de reconvencción para que se le declarase dueño. Es de advertir que en su contrademanda Moreno solicitó

que a su pretensión debía dársele trámite específico de acuerdo con el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, pero el juzgado *a quo* no lo advirtió e inexplicadamente se limitó a aceptar la demanda de reconvencción y ordenar su traslado al actor Cajiao.

Más aún, en la súplica cuarta de la contrademanda, se lee: "Las declaraciones y condenas aquí solicitadas, pido se hagan en sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada '*erga omnes*', porque este proceso se seguirá también contra demandados indeterminados e inciertos, a quienes oportunamente el juzgado les designará curador *ad litem*, quien ejercerá el cargo hasta la terminación del proceso, previo emplazamiento (art. 413 num. 6º, 7º, 8º, 9º y 11 del C. de P. C.)".

Establecida la doble relación procesal, se siguieron por una sola cuerda tanto el proceso reivindicatorio de Cajiao contra Moreno, como el de pertenencia de éste contra aquél, pero en relación con el segundo, el de pertenencia, no se ordenó citar por emplazamiento a las personas que se creyeran con derechos en el bien disputado. Así las cosas, el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá desató la primera instancia en sentencia de 22 de mayo de 1980, en la cual despachó favorablemente la pretensión reivindicatoria y denegó tanto la excepción de prescripción como la acción de pertenencia. No dijo el *a quo* en relación con el tema de los emplazamientos una sola palabra.

Es de advertir, que la parte contrademandante durante la larga tramitación de

la primera instancia que duró casi dos años, no formuló reparo alguno a la inexplicable omisión en que incurrió el juez *a quo*, al haberse abstenido de ordenar el emplazamiento que ordena el citado artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Tampoco solicitó que se decretara la nulidad de lo actuado por ese motivo. El apoderado del actor igualmente guardó silencio a ese respecto.

Apelada por el vencido la sentencia de primer grado, conoció en la segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, el que en sentencia de 15 de diciembre de 1980 confirmó la de primer grado. En dos breves memoriales presentados extemporáneamente, el apelante planteó el tema de la falta de citación y emplazamiento de los terceros que se hubiesen creído con derechos sobre el bien y pidió como consecuencia que se decretase la nulidad de todo lo actuado. Para el Tribunal tal petición no existió; en forma por demás inexplicable, no dijo tampoco una sola palabra sobre el tema.

El recurso de casación

Dos cargos formula el casacionista contra la sentencia de segunda instancia, ambos con fundamento en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que se ha incurrido en causales de nulidad, en la cuarta del artículo 152 según el planteamiento del primer cargo y en la novena de la misma norma al proponer el segundo. El seguimiento de un procedimiento distinto del que legalmente correspondía, a que se refiere aquel, y la falta de emplazamiento a que se alude en éste, tienen como fundamento de hecho la circunstancia de no haberse ni siquiera ordenado el emplazamiento de los terceros, como para los procesos de pertenencia establece el artículo 413 *ibidem* aunada la tácita denegación de tramitar el incidente de nulidad en que incurrió inexplicablemente el Tribunal al no haber leído y resuelto los memoriales del apelante en que tal se proponía. Dada la indudable conexidad que existe entre los dos cargos por su soporte fáctico, que es idéntico para ambos, se despacharán conjuntamente.

Se tiene en cuenta:

Esta Corporación dijo en providencia del 15 de noviembre de 1957 (LXXXVI, pág. 542) lo que sigue: "La acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia, establecida en favor de quien haya poseído materialmente durante cierto tiempo con las condiciones legales, se puede hacer valer: a) por uno o varios comuneros contra los demás comuneros, si se trata de un predio proindiviso; b) contra la persona o personas conocidas o determinadas; c) contra todo aquel que se crea con derecho en el inmueble, en defecto de personas conocidas, o presupuestos interesados.

"En el primer caso, la acción se tramita como juicio ordinario (Ley 51 de 1943, art. 3º); en el segundo, también por medio de juicio ordinario (Ley 120 de 1928, art. 4º); y en el último por medio del juicio reglamentado en los arts. 7º a 9º de la Ley 120, con la salvedad de que si hay oposición se seguirá con el opositor un ordinario 'por todos sus trámites', y el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca (arts. 10 y 11)".

Estos párrafos constituyen una afortunada síntesis de las diversas formas procesales a que, antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, estaba sujeta la acción de pertenencia de que trataban las Leyes 120 de 1928 y 51 de 1943. Sólo en defecto de personas interesadas en el predio poseído por el demandante, caso en el cual el procedimiento era especial y con intervención del Ministerio Público, se hacía necesario emplazar a los posibles interesados, a quienes no era del caso designarles curador ad litem.

El proceso en cuestión se transformaba en ordinario, en caso de oposición del Ministerio Público o de un tercero, y en este último evento, si el tercero no estaba en posesión del predio, asumía el carácter de demandante, o lo que es lo mismo, tomaba a su cargo la carga probatoria según el viejo aforismo del "onus probandi incumbit actori". El sistema que brevemente se ha comentado sufrió un cambio en el actual Código de Procedimiento Civil, el que englobó las tres tramitaciones diferentes

atrás vistas, y señaló un procedimiento común para todos los procesos de declaración de pertenencia, el ordinario, sujeto a la normación especial que establece el artículo 413. Esta última disposición, sin perjuicio de las normas que para casos especiales contienen los Decretos 256 de 1973 y 508 de 1974, introdujo cambios a las normas anteriores sobre usucapión, algunas de las cuales son las siguientes:

a) El párrafo del artículo 2º de la Ley 51 de 1943, permitía a los comuneros promover el proceso de declaración de pertenencia contra los demás "aunque anteriormente se haya demandado la división de la comunidad", al paso que el numeral 4º del artículo 413 citado, dispone que no "procede la declaración de pertenencia si antes de consumarse la prescripción estaba en curso un proceso de división del bien común";

b) El numeral 5º de este último artículo establece una exigencia que antes no existía, al disponer que a "la demanda deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure alguna persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella"; no basta, como lo expuso la Corte en sentencia del 30 de noviembre de 1979 (aún no publicada) que en dicho certificado el registrador se limite a decir "que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón o por otra, no puede afirmarse quiénes son titulares de derechos reales sobre él, ni puede aseverarse que nadie figure como titular de derechos reales, entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada", o sea por el artículo 413-5º del Código de Procedimiento Civil;

c) En todos los casos, según el numeral 6º del mismo artículo, es decir, aun cuando haya alguna persona contra quien debe promoverse la acción como demandado concreto, por aparecer como titular de derecho real principal en el inmueble, en el auto admisorio de la demanda "se ordena-

rá emplazar a las personas que se crean con derecho sobre el respectivo bien...";

d) Al tenor del numeral 11 del texto legal que se comenta, la "sentencia que acoga las pretensiones de la demanda será consultada". Precisamente, como es obvio, para proteger los derechos de los posibles interesados que fueron llamados al proceso por el emplazamiento, quienes en este procedimiento si están asistidos por el curador ad litem que de todas maneras debe nombrarles el juez. Esa misma sentencia, que una vez en firme debe registrarse por orden del juez, producirá efectos erga omnes.

Como se expuso al resumir la actuación y al reseñar la fundamentación de los dos cargos en estudio, en el caso *sub iudice* el juez de primer grado en forma inexplicable, que revela cuando menos descuido en el cumplimiento de sus deberes, se abstuvo de ordenar el emplazamiento que el mismo contrademandante le pidió en su libelo de reconvencción. Debe estudiarse enseguida, cuáles son los efectos de orden legal que produce esa omisión, desde el punto de vista de las dos nulidades alegadas por el recurrente.

Cabe observar desde ahora, que esa situación que se comenta habría podido evitarse con una diligente y cuidadosa actuación del juez de primer grado y desde luego, del sentenciador de segundo grado, quien ha debido atender la petición de nulidad que por ese motivo se le formuló o aún proceder oficiosamente a proveer sobre ella, de conformidad con lo claramente dispuesto en el último inciso del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

En lo que atañe a la que se señala en el primer cargo, esto es, la nulidad por trámite inadecuado consagrada en el numeral 4º del artículo 152 del citado Código, la Corte ha dicho repetidamente que sólo se presenta "en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir el trámite ordinario se le hace transitar por el sendero del abreviado o del especial" (CXLVI,

págs. 57 y 58, en el mismo sentido, CXLVII, pág. 121 y CXLVIII, pág. 215).

En el caso que se decide, no se remite a duda que la acción de pertenencia propuesta por el contrademandante se sometió al trámite legalmente adecuado, o sea, al del proceso ordinario que le correspondía según el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, en el que apenas se omitió el cumplimiento del emplazamiento de los posibles interesados en el bien objeto de la controversia. Los juzgadores de instancia no se apercibieron de esa omisión, lo que no significa en modo alguno que la tramitación del proceso constituyera trámite inadecuado para efectos de la causal invocada.

La nulidad que se acusa en el segundo cargo, es la contemplada en el numeral 9º del mismo artículo 152 del estatuto de enjuiciamiento civil, o sea, la de no haberse vinculado al proceso, a través del emplazamiento ordenado por la ley, a las personas que han debido serlo, esto es, a los posibles interesados en el bien objeto de la declaración de pertenencia planteada en la demanda de reconvención.

A este respecto, la Corte ha dicho repetidamente que esa irregularidad "sólo puede invocarla el tercero que debiendo haber sido llamado al proceso no lo fue, o lo fue ilegalmente (art. 155)". (Entre muchas otras: Cas. civ. 14 de octubre de 1976; 13 de septiembre y 15 de noviembre de 1968

y 12 de mayo de 1967, aún no publicadas en la *Gaceta Judicial*). Además el recurrente carece de interés para invocar esa informalidad, teniendo en cuenta que la sentencia denegó la declaración de pertenencia impetrada por el contrademandante. Recuérdese que el citado numeral 11 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente: "La sentencia que acoja las pretensiones de la demanda será consultada y una vez en firme producirá efectos *erga omnes*. El juez ordenará su inscripción en el competente registro".

De consiguiente, ninguno de los dos cargos propuestos con apoyo en la causal 5ª de casación, está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura, con aclaración de voto.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

ACLARACION DEL VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

Sobre la parte motiva de la anterior sentencia en relación con los efectos relativos de ciertos fallos en procesos de pertenencia y la influencia de ese fenómeno en la falta de citación y emplazamiento de los terceros indeterminados

Proceso ordinario de Jorge Cajiao Mateus contra José de Jesús Moreno Moya.

Los puntos de vista que se expondrán a continuación fueron en lo sustancial consignados en la ponencia que no obtuvo en su parte motiva el voto mayoritario de la Sala y luego complementados a través de las exposiciones que se hicieron en los debates respectivos.

1) La acción de pertenencia existe desde antes de la Ley 120 de 1928

Con anterioridad a la Ley 120 de 1928 existía, sin lugar a dudas, la acción de pertenencia, o sea aquella en virtud de la cual el poseedor que ha logrado usucapir deprecia el reconocimiento de tal situación frente al antiguo propietario. Lo anterior se afirma por las siguientes razones:

a) Porque el Código Civil la tiene prolijamente reglamentada en el Capítulo II del Título 41 del Libro Cuarto del Código Civil, artículos 2518 y siguientes. Desconocer esa realidad es tratar de tapar el sol con las manos.

b) Porque así lo reconoció la doctrina vigente entonces. En efecto, el más connotado tratadista de Derecho Civil de principios de siglo, aún hoy necesariamente consultado con provecho, expresa sobre el particular: "La prescripción adquisitiva puede ser fuente de una acción o de una excepción en favor de quien ha prescrito". (Tomo IX, núm. 414, pág. 307, edición de Imprenta París-América).

c) Porque la jurisprudencia patria así lo reconoció expresamente. En efecto, en la sentencia de 27 de junio de 1923 la Corte dijo: "La Corte considera que siendo la prescripción adquisitiva título constitutivo de dominio (art. 765 del C. C.), y además un modo de adquirir las cosas ajenas, bajo ciertas condiciones determinadas por la ley, por la sola circunstancia de cumplirse esas condiciones se adquiere el dominio de las cosas, y el favorecido con la prescripción puede alegarla, ya como defensa o como fundamento de una acción de propiedad, de la misma manera que puede alegarse cualquier otro título de dominio.

En la prescripción extraordinaria conforme al artículo 2531 del Código Civil, si el que la alega ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por espacio de treinta años, la cosa comercial objeto de la prescripción, ha adquirido por ello el dominio de esa cosa y puede alegar, ya sea demandando o defendiéndose, su carácter de dueño, fundado en la prescripción.

El Tribunal al exigir que previamente se declare por sentencia judicial la prescripción, para que pueda ser alegada como título adquisitivo de dominio, interpretó erróneamente los artículos 758 y 2534 del Código Civil, porque del hecho de que esas disposiciones le den el carácter de título y de escritura pública a la sentencia registrada que declara una prescripción adquisitiva, no se desprende que no pueda alegarse en juicio la prescripción fundada en

los hechos que la generan, ya que es la posesión pacífica, pública y no interrumpida por determinado número de años, el fenómeno que engendra el título, y no la decisión judicial. Además, dejó de aplicar al caso del pleito los artículos 2518 y 2531 del expresado Código" (G. J. T. XXX, pág. 72).

d) Y porque el propio autor de la Ley 120 de 1928, el jurista Luis Felipe Latorre, así lo aceptó expresamente en su obra "Doce Leyes", Editorial Minerva, 1937, página 41, cuando dice: "Por otra parte, para hacer valer la prescripción como acción, simplemente contra la persona determinada que pudiera alegar dominio, en principio no hacía falta la ley, porque sin ésta, esa acción existe; así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en muchos fallos".

2) *La novedad de la Ley 120 consiste en haber creado una acción especial de pertenencia contra personas indeterminadas*

Qué ocurría antes de la Ley 120 de 1928 cuando el antiguo dueño, que había perdido su derecho real de dominio ante el ambate de la posesión, no existía o existiendo no era conocido? Que el poseedor venido a dueño por la usucapión no tenía contra quién deprecar el proceso. Fue entonces cuando la Ley 120 organizó dos clases de procesos de pertenencia, el primero, que no es otra cosa que la ratificación de la normatividad existente, consagrado en el artículo 4º de esa ley, o sea el proceso singular del poseedor usucapiente contra el verdadero dueño que ha perdido su derecho; y el segundo, el novedoso, del mismo poseedor venido a dueño contra personas indeterminadas, a quienes es preciso citar al proceso mediante emplazamientos. Si el antiguo titular del derecho de dominio existe y se conoce, el proceso necesariamente debe dirigirse contra él y nada tienen que hacer las personas indeterminadas. En otras palabras, los emplazamientos a los desconocidos se hacen precisa y necesariamente frente a la ausen-

cia del titular del derecho de propiedad que se estima derrumbado por la posesión.

3) *Cuando el proceso se adelantaba contra el dueño los fallos de pertenencia producían efectos contra los demandados*

Dispuso el artículo 12 de la Ley 120 de 1923: "La sentencia que se pronuncie en el juicio sobre prescripción adquisitiva de dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como parte en el juicio". Algo bien distinto había propuesto el autor de la ley en el artículo 10 del proyecto, que decía: "La sentencia que se pronuncie en el juicio de que trata esta ley, producirá la excepción de cosa juzgada contra toda persona, en cualquier litigio sobre posesión o dominio por causa anterior al referido juicio". Ante tal cambio el autor del proyecto, doctor Latorre, se dolió de que tal modificación desvirtuara completamente lo proyectado (véase "Doce Leyes", pág. 41). El artículo 12, tal como quedó, no dijo nada nuevo. Toda sentencia produce excepción de cosa juzgada contra quienes fueron parte en el proceso. En cambio lo propuesto sí era una verdadera novedad, porque dándole carácter *erga omnes* a los fallos de pertenencia se rompía un principio secular, el de la relatividad de los fallos, consagrado expresamente en el artículo 17 del Código Civil.

4) *La derogatoria del artículo 12 de la Ley 120 no modificó en nada el efecto relativo de los fallos*

El artículo 7º de la Ley 51 de 1943, en su parágrafo, dispuso: "Derógase el inciso primero del artículo 12 de la Ley 120 de 1928". Sobre los alcances de esta norma derogatoria el profesor Luis Felipe Latorre, en su obra "Procedimiento Civil Colombiano", página 333, argumentando más con el deseo que con la razón, expuso: "La derogación del artículo 12 de la Ley 120 de 1928 viene implícita pero claramente a atribuirle al fallo en el juicio sobre declaración de pertenencia, cuando fue enderezado con emplazamiento para todo el mun-

do, un mérito y efectos *erga omnes*. Si no fuera así, la reforma carecería de sentido y objeto. Abrogar una regla que decía: esta sentencia no perjudica sino a quienes concurren al juicio, vale tanto como declarar expresamente lo contrario: esa sentencia se puede oponer a cualquiera que con posterioridad a ella pretenda dominio sobre la cosa por causa anterior al juicio, aunque no hubiere comparecido a él. Con este atributo de oponibilidad a todo el mundo, el fallo sobre pertenencia es el mejor título de propiedad, la cual queda saneada de todo vicio o defecto anterior. Entonces, para toda operación o negocio posterior, el examen de títulos se contrae a los de formación o creación posterior a dicho fallo. Pero igualmente claro que la obligatoriedad general o carácter absoluto de la sentencia aludida se refiere de modo exclusivo al caso del juicio especial con emplazamiento y concurrencia del Ministerio Público, de que tratan los artículos 6º y siguientes de la ley 120, pero no al juicio singular ordinario contemplado en el artículo 4º que se surte únicamente entre el poseedor demandante y el demandado como dueño primitivo conocido. En este caso es obvio que la sentencia no aprovecha sino a las personas ciertas y determinadas que comparecieron. En resumen, la reforma que se acaba de lograr, cuya plena jurisdicción ha quedado patentizada, es de una conveniencia evidente y de una gran trascendencia, particularmente por el ensanche y más amplios beneficios del crédito hipotecario”.

Con el debido respeto a la memoria de tan esclarecido jurista, es evidente que darle a una abrogación la calidad de creadora de una institución como la de los efectos absolutos de los fallos, que necesariamente por modificar el artículo 17 del Código Civil debe ser expresa, es ciertamente un tremendo error. Empero, no puedo desconocer que el mismo se abrió paso entre doctores y jueces al punto que nadie puso en duda el efecto *erga omnes* de los fallos de pertenencia de la Ley 120 de 1928. La circunstancia de estar derogada esa norma no exige mayor abundamiento en la refutación de semejante infundio.

5) *El Código de Procedimiento Civil modificó la acción de pertenencia que en todo caso debe seguirse contra personas indeterminadas, además de las determinadas, que pudieren existir*

De las dos acciones de pertenencia que consagró la Ley 120 de 1928, la contra personas determinadas del artículo 4º y la contra indeterminadas del 6º, el Código de Procedimiento Civil hizo una sola, en la cual necesariamente hay que demandar a indeterminados, así se conozcan los titulares de extinguidos derechos reales. Esa es la modificación sustancial que nos presenta el nuevo Código de los ritos. No existen ahora dos procesos diferentes, como durante el régimen de la Ley 120, sino uno solo, haya o no personas conocidas. No se ve claramente la bondad de la reforma, pero lo cierto es que la norma nueva, que es el artículo 413 del Código citado, consagra lo que ha quedado expuesto.

6) *En el Código de Procedimiento Civil hay sentencias relativas y sentencias con efectos absolutos*

La pretendida división entre sentencia de pertenencia con efectos relativos y con efectos absolutos, que la fecunda imaginación del profesor Latorre le hizo ver de la circunstancia de haberse derogado el artículo 12 de la Ley 120 de 1928, se mantiene ahora sí en virtud de texto expreso, pero sobre supuestos fácticos diferentes, que en nada se fundan en la calidad o número de la parte demandada, pues siempre ésta deberá estar integrada por personas indeterminadas. Las razones de la división son ahora distintas. En efecto, dice el numeral 11 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil: “La sentencia que acoja las pretensiones de la demanda será consultada y una vez en firme producirá efectos *erga omnes*. El juez ordenará su inscripción en el competente registro”. Como se ve, pues, las sentencias de pertenencia producirán efectos absolutos o relativos según acojan o denieguen las pretensiones de la demanda.

Siendo así que las pretensiones de la demanda de reconvencción, que deprecia la acción de pertenencia, fueron denegadas en la sentencia objeto del recurso de ca-

sación, no hay la menor duda que ese fallo únicamente produce efectos relativos, o sea que "no tiene fuerza obligatoria" (para emplear la expresión del artículo 17 del Código Civil), sino respecto de las personas que fueron parte en ese proceso.

7) Consecuencia de la falta de citación de las personas indeterminadas cuando se acojen o se deniegan las pretensiones de la demanda

La relatividad o el efecto absoluto de los fallos sobre pertenencia trae aparejadas consecuencias importantísimas. En primer lugar, antes del fallo definitivo, es decir, antes de saberse si el fallo va a tener efectos absolutos o relativos, indudablemente es causal de nulidad el hecho de que no hagan en debida forma los emplazamientos a las personas indeterminadas. De ahí que sea censurable que el Juzgado *a quo* y el Tribunal *ad quem* no se hayan pronunciado sobre ese tema. Siendo mucho más grave la conducta del Tribunal por cuanto en la segunda instancia el reconviniente formuló oportunamente, es decir, antes de la sentencia, un incidente de nulidad por este concepto, petición que ni siquiera mereció un auto de sustanciación en ningún sentido.

En segundo lugar, una vez dictada sentencia de segunda instancia habrá lugar a predicar la nulidad siempre que se hayan acogido las pretensiones del prescribiente y en el proceso no se hayan citado a los terceros indeterminados, a quienes, sin embargo, la sentencia por tener efectos absolutos les surte efecto. Es que, en otras palabras, en la medida en que se haya afectado a terceros con la sentencia, esos terceros necesariamente han debido ser citados al proceso, so pena de nulidad. La cual obviamente puede invocar cualquiera en el proceso y es más, el juez debe declararla de oficio.

No ocurre lo propio cuando el fallo desestima las pretensiones del usucapiente.

Nadie queda afectado. A nadie obliga esa sentencia, distinto de las personas determinadas que comparecieron al proceso. Si un tercero tenía algún derecho, dada la relatividad de ese fallo quedará incólume. Entonces ¿la nulidad para qué? ¿Nulidad por la nulidad? No se justifica. La nulidad de un proceso necesariamente tiene como fundamento la defensa de principios superiores de derecho. Como en el caso contemplado en el párrafo anterior, en donde se contempla una situación según la cual resulta vencido en juicio quien no tuvo oportunidad de defenderse. La nulidad en ese caso salvaguarda el principio constitucional del derecho de defensa.

Conclusión

De todo lo dicho se infiere que no puedo compartir la tesis de que no hay lugar a la nulidad porque no la solicitó persona interesada, que no es otro que las indeterminadas que han debido citarse y no se citaron. Piénsese en esa tesis frente a una sentencia que hubiese decretado la impenetrada pertenencia, sin haber citado a los terceros. ¿Tampoco sería nulo el juicio? ¿También se podría predicar que el casacionista no tiene interés en promover la causal de nulidad? En tal caso ¿quién podrá proponerla?

Comparto sí la parte resolutive de la sentencia de casación, y así lo propuse en mi ponencia primitiva, que no contó con el respaldo de la Sala. Pero por distintas razones bien distintas, a saber, que no hay lugar a la nulidad por haber desestimado el fallo acusado las pretensiones de la demanda de reconvencción, en la cual se propuso la acción de pertenencia, de donde el fallo resultó con efectos relativos que en nada afectan a los que no fueron citados.

Fecha, la de la sentencia.

Jorge Salcedo Segura.

P E R M U T A

En principio es consensual, pero adquiere la categoría de solemne cuando una de las cosas que se cambian o ambas son bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria. Si se aplaza el otorgamiento de la escritura pública, será una promesa de permuta. Si se omite la Escritura Pública la permuta es nula. Prestaciones mutuas

PROMESA DE CONTRATO. Interpretación y caracteres

Es contrato preparatorio o preliminar de orden general porque puede referirse a cualquier otra convención. Es eminentemente provisional y transitorio. Es solemne. Epoca de su celebración: el plazo y la condición, deben ser determinados

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., julio cinco de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 30 de junio de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso ordinario instaurado por Marco Tulio Valencia Osorio y otro, en frente de Carlos Arturo Montoya Restrepo.

I

Antecedentes

1. El 11 de septiembre de 1977, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Belén de Umbría y que el día siguiente reconocieron ante el Juzgado Civil Municipal de allí, se ajustó entre Alirio Zamorano Santos y Marco Tulio Valencia, por una parte, y Carlos Arturo Montoya Restrepo, por la otra, el contrato que ellos denominaron “permuta” y cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) Los dos primeros expresaron transferir a favor del segundo, a título de permuta, la finca rural llamada “Anquima”, ubicada en el paraje “Puerto de Oro” de la jurisdicción municipal de Mistrató, con una cabida superficiaria de 240 hectáreas, “más o menos”, comprendida dentro de los especiales linderos que en dicho documento se señalaron; y además, otro lote de terreno de 23 cuadras, ubicado en el paraje “Gaguada”, de la misma jurisdicción municipal, con todas sus mejoras y anexidades, comprendido este lote dentro de las alindaciones que también se consignaron;

b) Por su parte Montoya Restrepo dijo entregar a Zamorano Santos y Valencia Osorio, “a igual título de permuta”, el dominio y la posesión de un bus marca “Internacional”, modelo 1971, con placas WM-02-33, matrícula de La Virginia, afiliado a la Empresa “Exprejo Trejos” de la ciudad de Cali; y, además, la suma de \$ 400.000.00, representados en dos letras de cambio por \$ 200.000.0 cada una, pagaderas el 20 de enero de 1978, la primera, y el 20 de marzo del mismo año, la segunda;

c) Mediante la cláusula sexta del pacto, acordaron los convencionistas que “la es-

critura correspondiente de la finca se otorgará una vez se ventile el traspaso de los papeles o documentos del bus"; y

d) Después de expresar que "los permutantes entran en posesión de los bienes permutados a partir de la fecha del presente contrato", acordaron los contratantes, y así lo consignaron a través de la cláusula novena del pacto, una "multa para quien se retracte del negocio o quite del mismo" por la suma de \$ 100.000.00.

2. Según la carta de 6 de noviembre de 1977, dirigida por Montoya Restrepo a la gerencia de "Expreso Trejos" y que en copia se allegó al proceso, aquél autoriza a esta empresa para que "se liquide a favor de los señores Alirio Zamorano Santos y Tulio Valencia Osorio, el producido del bus número 740... correspondiente a los meses de septiembre y octubre del año en curso (1977) y en lo sucesivo lo que aporte dicho automotor".

3. En el interrogatorio que extraprocesalmente y a petición de sus demandantes absolvió el 28 de agosto de 1980 Montoya Restrepo, ante el Juzgado Civil Municipal de Belén de Umbria, en varias de las respuestas por él dadas, particularmente en las correspondientes a las preguntas 3ª, 4ª y 6ª, el absolvente confesó que sí había firmado, el 12 de septiembre de 1977, "un contrato de *promesa de permuta*" con relación a los inmuebles y al automotor atrás referidos.

II

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 27 de octubre de 1980 al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Belén de Umbria, los citados Marco Tulio Valencia Osorio y Alirio Zamorano Santos demandaron al mentado Carlos Arturo Montoya Restrepo a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de promesa de permuta ajustado entre ellos el 11 de septiembre de 1977, "por omisión de los requisitos o formali-

dades que la ley prescribe para su valor o eficacia jurídica, al tenor de lo que disponen los artículos 1740 y 1741 del Código Civil en concordancia con el 89 de la Ley 153 de 1887";

b) Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene al demandado a restituir a sus demandantes, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo disponga, la finca "Anqui-ma", junto con todas "las mejoras y ane-xidades con que fue entregada...";

c) Que los demandantes, por su parte, están prestos a restituir al demandado el vehiculo automotor a que también se refiriere el contrato anulado;

d) Que se condene igualmente al deman-dado a pagar a sus demandantes todos los frutos producidos por la finca referida, lo mismo que los perjuicios que a ellos se hayan causado con "la negociación cele-brada y con la declaratoria de nulidad"; y

e) Que se impongan al demandado las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones los de-mandantes invocaron, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que sustancialmente quedan sinte-tizados en las siguientes afirmaciones:

a) Que si bien es cierto que los contra-tantes plasmaron el convenio por ellos acordado el 11 de septiembre de 1977 en un documento que llamaron "*Carta de una permuta*", el contrato ajustado tiene que entenderse como "*Promesa de permuta*", que es en verdad al que corresponde, pues en él, a más de estipularse una cláusula penal para el incumplimiento de las obligaciones surgidas, se acordó que la es-critura "correspondiente de la finca" se otorgaría posteriormente;

b) Que ese contrato, entendido como promesa de permuta y no de permutación, no observó todos los requisitos que para él exige el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, particularmente los referidos en los incisos 3º y 4º, puesto que "se dejó inde-terminadamente la fecha de elaboración de la escritura pública por la cual se haría el traspaso de la finca, pero no se deter-minó el plazo que el dueño del bus ten-

dría que entregar los papeles para el respectivo traspaso de la propiedad del mismo"; a más de que no se señaló la notaría en la cual habría de perfeccionarse el contrato prometido;

c) Que no obstante tales deficiencias, la "promesa de permuta pudo haberse cumplido de común acuerdo entre las partes", lo que fue sin embargo imposible pues Montoya Restrepo "nunca se prestó para ello, ya que la elaboración de la escritura pública de traspaso del dominio sobre la finca estaba condicionada por el hecho de que primero debía hacerse el traspaso de los documentos del bus por parte" de dicho señor;

d) La finca "Anquima", objeto de la enajenación prometida, la entregaron los demandantes al demandado con todas sus mejoras, consistentes en pastos naturales y artificiales, cultivos de caña, beneficiaderos para ésta, corrales para ganado y "tres mulas. Igualmente se entregó con la finca un motor Lister"; y

e) Como el demandado entró desde entonces en posesión de la finca referida, debe responder a sus demandantes "del desmejoramiento o deterioro que haya sufrido" ella, lo mismo que de los perjuicios a ellos causados "como consecuencia de la negociación celebrada".

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 al contrato ajustado, el que dijo, "sólo al juzgado le corresponde dilucidar si es de promesa de una permuta o de permuta propiamente", y a sus estipulaciones consignadas en el respectivo documento, los cuales aceptó, negó los demás.

Afirmó entonces el demandado que, contrariamente a lo que sostiene el demandante, sí "se fijó época para el otorgamiento de la escritura", dependiente tal época de la condición consistente en "hacer el traspaso del vehículo a lo cual estuvo siempre dispuesto mi mandante, y no fue posible que ello se realizara por cuanto los demandantes no podían cumplir con lo prometido" debido a que, de un lado, par-

te de la finca "Anquima" tenía a la sazón "controversia con el INCORA", que desde enero de 1978 había iniciado las diligencias administrativas de adquisición; y, de otra, la extensión superficiaria de dicho fundo no era de 240 hectáreas, como se indicó en el documento contentivo del contrato, sino únicamente de 110.

4. 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 9 de marzo de 1982, mediante la cual desató el litigio así: a) declaró la nulidad absoluta replicada; b) condenó a Montoya Restrepo, como consecuencia, a restituir a sus demandantes la sobredicha finca "Anquima", lo mismo que "el motor marca 'Lister' y las tres mulas con sus respectivos aperos"; c) también como consecuencia de la nulidad declarada, condenó a los citados Valencia Osorio y Zamorano Santos a restituir a sus demandados el bus marca "Internacional" modelo 1971; d) condenó *in genere* a Montoya Restrepo a pagar a los citados Valencia y Zamorano los frutos que éstos hubieran podido percibir de la referida finca, a partir del 28 de marzo de 1981 y hasta que se realice la entrega del inmueble; y e) finalmente, impuso al mismo demandado las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicho fallo por el demandado, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el que, en su sentencia de 30 de junio del año último pasado, confirmó en términos generales la apelada, pero con las siguientes reforma y adición: relativamente a la condena por frutos impuesta a Montoya Restrepo, dispuso el *ad quem* que la restitución la debe cumplir de los producidos a partir del 11 de septiembre de 1977 y no, como lo ordenó el *a quo*, desde el 28 de marzo de 1981; complementa el fallo recurrido imponiendo a los demandantes la condenación a restituir a su demandado "los frutos naturales y civiles redituados por el bus", a partir también del 11 de septiembre de 1977, y disponiendo, además, "que los demandantes han de reputarse poseedores de mala fe desde la fecha de la presenta-

ción de la demanda, y el demandado desde la del traslado de la misma”.

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 fallo el Tribunal alude al contrato contenido en el documento que las partes suscribieron el 11 de septiembre de 1977, extractando y transcribiendo las que considera sus estipulaciones esenciales.

Y amparado en éstas, se ocupa en seguida el *ad quem* en la tarea de determinar la naturaleza jurídica de dicho contrato, llegando al punto a la conclusión de que se trata de un contrato de promesa de permuta, porque las partes “aceptaron realizar más adelante la escritura pública relativa a la finca y, de igual manera, las diligencias para el traspaso de los documentos sobre propiedad del vehículo”. Así lo deduce, además, de la consideración de que no puede tratarse de permuta, por no haberse formalizado dicho pacto por escritura pública, no obstante ser inmueble uno de los bienes objeto del contrato.

2. Definido pues por él como de promesa de permuta el contrato concertado, el Tribunal pasa a confrontarlo con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cuyo contenido transcribe, para concluir, luego de tal parangón, que dicha promesa no reúne los requisitos que para su validez y eficacia exige la disposición legal en cita, particularmente los señalados en sus numerales 3º y 4º.

Explanando su cardinal aserción, dice el *ad quem* que, en primer lugar, en la cláusula sexta del contrato se estipuló “una condición indeterminada en cuanto a la época precisa en que las partes habrían de suscribir la escritura pública referente al inmueble de que se trata, dejando al arbitrio del demandado el término para la consecución de los papeles para el traspaso del bien que fue objeto de permuta, de lo que, a su vez, dependía la elaboración de la prometida escritura, con lo que se dejó imperando la incertidumbre porque en caso de que los documentos del

automotor se obtuvieran no fue señalado tiempo concreto para cumplir ese cometido, creándose entonces una condición suspensiva e indeterminada, sin efecto jurídico, habida cuenta la eventualidad e inseguridad en que se diluye cualquier resultado positivo para la convención materia de análisis”.

Añade el sentenciador *ad quem*, como razón corroborativa de la deducción de ineficacia jurídica de la promesa a que en su fallo llega, la de que, de otra parte, en dicho pacto no se indicó la notaría en la que debería otorgarse la escritura pública, “lo que implica la indeterminación de las obligaciones de hacer a cargo de las partes, en lo que se entraña una violación del ordinal 4º del citado artículo 89”.

3. Conclusión de su análisis es entonces, para el Tribunal de Pereira, la de que el contrato de promesa de permuta celebrado entre Zamorano Santos y Valencia Osorio, de una parte, y Montoya Restrepo de la otra y contenido en documento por ellos suscrito el 11 de septiembre de 1977, “no produce ninguna obligación” y en efecto declaró esa nulidad.

Consiguientemente, dijo que las cosas se deben retrotraer “al estado en que se hallarían si no hubiese existido la promesa de contrato”, considerando a las partes como “poseedoras de mala fe a partir de de las respectivas fechas de la demanda y su contestación”.

Reiterando su criterio en este punto, dijo el Tribunal que en cuanto a restitución de los frutos naturales y civiles tanto de la finca como del automotor prometidos en permuta, se debe hacer “por el tiempo en que los litigantes tuvieron en su poder los bienes negociados, o sea, a partir del 11 de septiembre de 1977, reputándose poseedores de mala fe”.

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la respectiva demanda el recurrente formuló la contra dicho fallo cuatro cargos, todos

dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los cuales procede la Corte a estudiar y despachar.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1740, 1741, 1857, 1956 y 1958 del Código Civil; 89, inciso 1º, de la Ley 153 de 1887, 2º de la 50 de 1936 y 12 del Decreto 960 de 1970, a causa del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las cláusulas del contrato concertado por los litigantes.

2. Inicia el recurrente el desarrollo del cargo recordando que el sentenciador, amparado en las consideraciones de que en el presente caso, no obstante tratarse de un bien inmueble, no se otorgó escritura pública y además se pospuso el otorgamiento de ésta y la ejecución de las diligencias para el traspaso de los documentos de propiedad del automotor, el contrato verdaderamente concertado fue una promesa de contrato de permuta, conclusión que la censura califica de manifiestamente errada.

A intento de demostrar el yerro que denuncia, dice el impugnador que el hecho de que no se haya otorgado escritura pública de enajenación de la finca no es circunstancia que, por sí sola, permita sacar la inferencia apuntada, porque ello implica darle una amplitud exagerada a la teoría de la conversión del negocio jurídico, pues significaría que “siempre sin más condiciones, la omisión de la escritura exigida *ad solemnitatem* conduce a que el negocio respecto del cual se exigiera, se transformara o convirtiera en promesa del mismo, lo que evidentemente es equivocado, porque una omisión como esa puede conducir a otro resultado: a la nulidad, o mejor a la inexistencia del acto pretendido”.

Recuerda la censura que la cláusula 6ª del contrato dice: “la escritura correspondiente a la finca se otorgará una vez se ventile el traspaso de los papeles o documentos del *bus*”, texto que, agrega el impugnante, no puede conducir a la infe-

rencia de que el pacto es de promesa de permuta y no de permuta simplemente, puesto que las palabras empleadas en dicha estipulación “no se refieren a la celebración de un presunto contrato de permuta prometido, es decir, a que las partes contratantes hicieran en la ocasión allí indicada las declaraciones de voluntad concernientes a obligaciones de hacer, en aquel sentido, que recíprocamente contrajeran”, sino que sólo se aludió “a la ejecución de actos materiales, no a la celebración y perfeccionamiento de un contrato prometido”.

3. Continuando en el desenvolvimiento del cargo por este primer aspecto, expresa el casacionista que el sentenciador vio en esa cláusula un contrato de promesa, “no obstante que allí se fracciona la pretendida permuta, haciendo de la enajenación de la finca un acto separado y autónomo, independiente de la enajenación que por el otro lado supone una permuta”; o sea, añade, que el Tribunal incurrió en yerro fáctico al no advertir que la referida cláusula “descompone en dos actos separados lo que constituye una unidad inescindible en el contrato de permuta, unidad integrada por las recíprocas obligaciones de dar que las partes permutantes contraen entre sí”.

Que esa cláusula expresa que “la pretendida obligación como promitentes permutantes de Alirio Zamorano Santos y Marco Tulio Valencia, o sea la de otorgar el acto de enajenación de la finca permutada por ellos, se realizaría mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva en la ocasión allí señalada; sin que se aluda para nada a la obligación supuestamente prometida por Carlos Arturo Montoya Restrepo de celebrar el acto contraprestacional de otorgar el título de enajenación del bus, acto que por lo mismo se aísla, separa e independiza de aquél”.

4. Para reforzar su criterio de que el contrato verdaderamente acordado por los litigantes fue una permutación y no una promesa de permuta, como lo calificó el *ad quem*, asevera el impugnante que en el documento en que aquéllos plasmaron su voluntad y que titularon “Carta de una permuta”, se encuentran expresiones que

en su contexto revelan que quienes lo suscribieron "quisieron fue celebrar un contrato de permuta, que no estuvo en su ánimo celebrar uno de simple promesa de permuta".

Que en dicho documento las partes, luego de identificarse como personas y de llamarse "permutantes", no "prometientes permutantes", anuncian que "han celebrado el contrato de permuta que se sintetiza en las cláusulas siguientes"; que más adelante, en la cláusula primera, Valencia Osorio y Zamorano Santos dijeron que "transfieren a título de permuta al señor Montoya Restrepo", para luego, en la cláusula siguiente, expresar por parte de éste que "A igual título de permuta" transfiere a aquéllos el dominio del bus; y que en las cláusulas subsiguientes continúan aludiendo a que "se ha celebrado un contrato de permuta, y las partes continúan llamándose entre sí permutantes"; y que si el contrato "de permuta querido se perfeccionó o no, es cosa enteramente distinta, que no tiene por qué entrar en juego para determinar, en forma excluyente, que no fue su intención celebrar contrato de esa especie".

5. Concretando el yerro de facto que le enrostra al sentenciador, dice el casacionista que consistió en que aquél "no vio las cláusulas mencionadas del contrato, no reparó en la totalidad de su texto, claramente indicativo de que en él aparece expresada la nítida voluntad de las partes de celebrar un contrato de permuta", por lo que no era pertinente enjuiciarlo a la luz del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, "para considerar que como promesa de contrato no producía ningún efecto por no satisfacer los requisitos previstos en los numerales 3º y 4º de dicho precepto, ni pertinente por lo mismo aplicar los artículos 1740, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936...".

Se considera:

1. *En el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan*

las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (art. 1602 C. C.) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él.

Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute judicialmente la naturaleza jurídica del contrato, y, por ende, la de las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, corresponde al juzgador, a fin de determinar el alcance de las prestaciones debidas, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico.

2. *En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que éstos se propusieron al ajustar la convención.*

Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales.

Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor

de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios; la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes claramente expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar.

Por cuanto ordinariamente el contrato se presenta como una unidad, para conocer la verdadera voluntad de las partes deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica; si con desprecio de este procedimiento se aislan unas de otras como entes autónomos, cuando por sí solas carecen de vida propia e independiente, se corre el riesgo de romper la unidad y de hacerle producir al negocio jurídico efectos contrarios a los que de su conjunto realmente se deducen.

3. Es posible que al interpretar el contrato el juez se equivoque, ya porque supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradicen la evidencia que ellas demuestran. En todos estos eventos, el yerro del fallador lo conduce a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, pues dirime el conflicto con base en preceptos que no regulan la especie litigada, o por falta de aplicación a ella de las disposiciones pertinentes.

Pero siendo la interpretación de los contratos, como lo ha dicho con insistencia la Corte, cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que éstos hagan no es susceptible de modificarse en casación, sino al través de la demostración de un evidente o protuberante error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente y por lo mismo prima facie, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia; que dicha interpretación aparezca, al primer golpe de vista y sin mayor razonamiento, como una absoluta disconformi-

dad con lo que el documento contentivo del contrato ostenta.

De manera que las dudas o vacilaciones que aparezcan de la prueba del contrato al interpretar la naturaleza de éste y al precisar sus elementos esenciales, están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo; pero muchísimo menos reconocerle virtualidad suficiente para que con base en ella pueda quebrarse una sentencia en casación.

4. Por cuanto en el caso que aquí estudia la Corte, el punto total de la controversia radica en la naturaleza del contrato concertado por los litigantes y plasmado por ellos en documento de 11 de septiembre de 1977, a tal punto que mientras el demandante y con él las sentencias de instancia lo califican de promesa de permuta, el recurrente le niega esta categoría y asevera que es de permutación, es preciso observar desde ya, a efecto de advertir si el sentenciador incurrió o no en el error de hecho que le enrostra la censura, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que a él corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y las finalidades perseguidas.

Es principio indiscutible que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección; ni siquiera la voluntad de las partes contratantes puede derogar, para un caso particular, tan fundamental principio, desde luego que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por motivos de interés social y aún de orden público, que son justamente las razones en que se apoya.

Si la permutación o cambio de cosas, que en principio es consensual, adquire categoría de contrato solemne cuando "una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria" (art. 1956 C. C.), ni remotamente puede decirse, como lo pregona el recurrente, que la referida convención acordada el 11 de septiembre es una permuta y

no otro contrato, como expresa e insistentemente la llamaron los contratantes, pues siendo inmueble uno de los bienes que se cambiaban no se otorgó sin embargo la escritura pública que la ley exige como formalidad externa para su perfeccionamiento. Si las partes quisieron obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, sobre todo cuando omiten formalidades que leyes imperativas reclaman para moldear en ellas dicho consentimiento.

5. Si los contratantes, en el documento que ellos llamaron "Carta de una permuta", luego de precisar los bienes que pretendían cambiar y de determinar la forma del cumplimiento de las prestaciones recíprocas, mediante la cláusula sexta dijeron que "la escritura correspondiente de la finca se otorgará una vez se ventile el traspaso de los papeles o documentos del bus", ello significa, debe significar, que fue su voluntad diferir la enajenación de cuando menos uno de los bienes objeto del contrato, pues es regla de hermenéutica la de que los contratos tienen que interpretarse de manera que produzcan efectos. "El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, —reza el art. 1618 del C. C.— deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno".

O sea, que no es error de hecho, mucho menos ostensible o evidente, afirmar que el contrato ajustado por las partes, ante la imposibilidad legal de llamarlo permuta y por el aplazamiento que los contratantes quisieron y acordaron para hacer el traspaso de las fincas, corresponde a una promesa de permutación. Así lo reconoció el propio demandado cuando el 28 de agosto de 1980, antes de iniciarse este proceso, al absolver el interrogatorio que entonces le sometieron sus hoy demandantes, no vaciló al reconocer que el por ellos ajustado el 11 de septiembre de 1977, es "un contrato de promesa de permuta".

Y si dicho pacto, en punto de su naturaleza jurídica, despertó inicialmente para los contratantes cierta y razonable duda, la existencia de ésta veda imputar error de hecho manifiesto a la interpretación que el Tribunal dio a ese vínculo contractual,

puesto que, como lo indica el artículo 1621 ibidem, "en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato".

6. Cabría decir finalmente, para desecharse el cargo que aquí analiza la Corte, que si el error de hecho denunciado por el casacionista existiera realmente y en grado de manifiesto o protuberante, dicho error resultaría intrascendente para quebrar el fallo recurrido, desde luego que si, como lo pregona el casacionista, la convención jurídica verdaderamente querida y acordada por los contratantes fue una permuta y no una promesa de permuta, tal presunta permutación, que versaría sobre inmuebles, tendría que declararse nula y sin efectos jurídicos por haberse omitido el otorgamiento de la escritura pública indispensable para su perfeccionamiento.

Es pues, infundada la censura.

Y como los cargos segundo y tercero vienen fundados ambos en razones sustancialmente semejantes, la Corte los examina y despacha en conjunto.

Cargo segundo

1. En su planteamiento se denuncia quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 1740, 1741, 1746 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936 e inciso 1º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; de los textos 1551, 1646, 1647 de la misma codificación, del resto de la norma de la citada ley 153, "en cuanto le reconoce efectos obligacionales a la promesa de contrato cuando reúne los requisitos allí señalados", todos estos por inaplicación, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las cláusulas del contrato.

2. Desarrollando esta censura, recuerda el recurrente que el Tribunal, una vez que calificó de promesa de permuta el contrato ajustado, lo declara nulo pues estimó que "la condición que en la cláusula sexta se estipula para que tenga lugar el otorgamiento de la escritura... es indeterminada"; y, además, "porque no indicó la notaría en que, llegado el momento de

hacerlo, habría de otorgarse la escritura pública". Dice el casacionista, a renglón seguido, que "En la apreciación de estos dos defectos que le imputa a la promesa, de los que deduce la nulidad decretada, incurre en manifiestos errores de hecho el Tribunal".

Con el propósito de demostrarlos, relativamente al primer yerro que denuncia dice el impugnador que el Tribunal perdió de vista que el diligenciamiento administrativo que demandaba el traspaso de los documentos relacionados con la propiedad del automotor, "exigía por su misma naturaleza un término prudencial que se iniciaba al quedar perfeccionado el contrato de promesa, y cuya duración era, conforme al artículo 1551 del Código Civil, el indispensable para el cumplimiento de la obligación", eso significa que sí había "el plazo tácito correspondiente, plazo que en un caso como este no es preciso estipular para que se entienda concedido, pues la naturaleza de la obligación lo supone..."; que la medida de ese plazo tácito indispensable para hacer el traspaso de los documentos, a que se refiere la cláusula 6ª del contrato, "no es asunto que interese aquí...", pues que lo que importa en este caso es saber simplemente, que mediante intervención de peritos, "era susceptible de determinación la época en que debía celebrarse el contrato de promesa de permuta...; o sea que la condición de que se hizo depender la época de celebración del contrato prometido, no es indeterminada, en el sentido que el Tribunal indica...".

3. En relación con el otro yerro que aquí denuncia, consistente en la aserción del Tribunal de que no se indicó la notaría en que habría de otorgarse la escritura del pacto prometido, dice la impugnación que aún aceptando la jurisprudencia de la Corte en el punto, la que califica de muy discutible, es lo cierto que ella "no tiene algún sentido que pueda justificarla siquiera prácticamente, sino cuando en el lugar en que haya de otorgarse el instrumento funcionen varias notarías"; que es obvio que si en ese lugar funciona una sola, no puede ser sino en ella donde debe otorgarse la escritura, "de modo que nada

significa que así no se haya expresado en el contrato de promesa".

Añade el casacionista que esta última hipótesis es la que se presenta en el caso *sub judice*, puesto que, según el documento, las partes contratantes expresaron ser vecinas, al momento de celebrar el pacto, del municipio de Belén de Umbria, en donde legalmente no hay establecida sino una sola notaría; que en esas circunstancias la no indicación de lugar donde debía perfeccionarse el contrato prometido, da pie para que tal omisión la supla el artículo 1646 *ejusdem*, conforme al cual cuando no se ha estipulado lugar para el cumplimiento, y la obligación no es de cuerpo cierto sino de otra clase, ese lugar es el del domicilio del deudor al momento de la celebración del contrato.

Cargo tercero

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "...infracción del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, por aplicación indebida de la regla general contenida en su primer inciso, y falta de aplicación de la excepción contenida en la parte restante de su texto, infracción cometida directamente sobre el numeral 3º, o indirectamente, por errores de apreciación probatoria, sobre el numeral 4º del mismo. A la vez hubo aplicación indebida, con la consiguiente infracción, de los artículos 1740, 1741, 1746 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936".

2. En desarrollo de este cargo asevera el recurrente que el sentenciador *ad quem* incurre en error *juris in judicando* cuando sostiene que, según lo requiere el numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la condición que se estipule como circunstancia a la que quede subordinada la celebración del contrato prometido, tiene que ser determinada, en el sentido de que ella debe entrañar una época precisa en que el hecho subordinado ha de ocurrir.

Y luego de citas jurisprudenciales y doctrinarias, prohiendo la tesis según la cual el inciso 3º precitado no exige, para la validez del contrato de promesa, que ésta esté afectada de condición determinada, sino únicamente la indicación imprecisa

de un suceso futuro e incierto como fin para el cumplimiento del contrato prometido, el casacionista afirma que conforme a esta tesis el Tribunal de Pereira "entendió mal el alcance del numeral 3º, al deducir que su supuesto no se daba en el caso de autos por no tratarse en éste de condición determinada, calificación esta que aquel numeral no exige respecto de la condición que se estipule para la celebración del contrato prometido".

3. Continuando en el desenvolvimiento de este cargo, asevera el censor que la violación indirecta que acusa del numeral 4º del mismo artículo 89 de la Ley 153, consiste en que el Tribunal cree que la especificación del contrato prometido a que dicho numeral hace referencia, comprende la indicación de la notaría en que ha de celebrarse dicho contrato, cuando es solemne y el otorgamiento de la escritura es la solemnidad. Que aún "aceptando en gracia de discusión que tal doctrina es valedera, no puede serlo sino cuando en el lugar en donde ha de celebrarse el contrato prometido funcionan varias notarías; porque si allí sólo funciona una sola, es indiscutible que es en ella en donde necesariamente debe otorgarse el instrumento público, y que por lo mismo en evento como ese es superfluo toda indicación al respecto".

Cree el censor, y así lo afirma, que si bien en el caso presente no aparece señalado lugar para la celebración del contrato prometido, en el documento en el que se plasmó la voluntad de los contratantes éstos expresaron, como deudores recíprocos de una obligación de hacer, que tenían su domicilio en Belén de Umbría, lugar en donde por ley sólo funciona una notaría; que esta manifestación contractual, contenida en el documento y no vista por el *ad quem*, "significa que aquel vacío se suple con los artículos 1646 y 1647 del Código Civil..."; y que por consiguiente el único lugar donde debía celebrarse la permuta prometida, mediante el otorgamiento de la escritura respectiva, era la apuntada población.

4. Concretando el yerro de hecho que en esta parte de la censura denuncia, expresa la impugnación que él consistió en que "por no haberse percatado de estos hechos y circunstancias, que en el proceso aparecen evidenciados, el Tribunal dio por no satisfecho el requisito del numeral 4º del artículo 89, y por ineficaz la promesa...".

Se considera

1. *El contrato de promesa, lo han dicho la doctrina y la jurisprudencia, tiene una finalidad económica peculiar, cual es la de asegurar la celebración en el futuro de otro contrato (contrato preparado), cuando los interesados actualmente no quieren o no pueden realizarlo. No es pues la promesa de celebrar un contrato un fin en sí misma considerada, sino un medio o un instrumento que conduce a efectuar otro negocio distinto.*

Expresa al punto Santos Briz que "El fin del contrato preliminar es una mayor seguridad del contrato futuro, en cuanto las partes, aplazando para un tiempo más remoto y quizás más oportuno 'gradu tardiori et premeditando' la conclusión del contrato definitivo, disminuyen la posibilidad de fraudes y engaños" (Contratación Privada, pág. 106).

2. *La apuntada finalidad económica de la promesa de celebrar un contrato, le imprime a esta convención un carácter eminentemente provisional y transitorio. Por cuanto no se trata de un pacto perdurable, ni que esté destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta entonces como de la propia esencia de dicho contrato.*

A más de lo anterior, la promesa ofrece otros caracteres: es contrato preparatorio de orden general porque puede referirse a cualquiera otra convención; es solemne, porque está sujeto en su celebración a formalidades especiales; tiene su individualidad propia y si algo ofrece de excepcional ello obedece al modo imperativo como la

ley exige la presencia de todos los elementos que lo configuran, desde luego que esos factores son de la esencia misma del contrato.

3. Obvia consecuencia de la finalidad de la promesa, que es, se repite, la de asegurar la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente, es la de que las partes no queden ligadas por ella de manera indefinida: por lo consiguiente, en su celebración debe evitarse toda incertidumbre sobre la época en que ha de concertarse el contrato prometido y determinarse esa época. Es por ello por lo que el ordinal 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 dispone que la promesa de contrato, para su validez, debe contener "un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato"; pero, como lo ha dicho la Corte, "debe tenerse presente que en este punto lo primordial o subordinante es el señalamiento de la época y que lo instrumental es el plazo o condición que sean adecuados para precisar tal época" (Cas. Civ. junio 1º de 1965, G. J., t. CXI, pág. 141).

Por plazo se entiende, según lo dice el artículo 1551 del Código Civil, "la época que se fija para el cumplimiento de la obligación", es decir, el momento futuro en que ella ha de ejecutarse; es, pues, un acontecimiento futuro y cierto, en el sentido de que siempre habrá de suceder. Los elementos esenciales del plazo son su carácter de fecha futura y su calidad de certidumbre, ya que si fuera el plazo una fecha pasada o presente, o hubiera eventualidad o incertidumbre en su llegada, carecería de base esa modalidad o degeneraría en una condición.

Según la norma en cita, el plazo convencional puede ser expreso o tácito: "Es tácito, el indispensable para cumplirlo", el que las partes pueden fijar, así sea indirectamente, pero que sólo podrá decirse que existe cuando las estipulaciones contractuales contengan todos los elementos necesarios que conduzcan a determinar con precisión ese tiempo indispensable para el cumplimiento de la obligación. Porque el plazo puede ser determinado o indeterminado: el primero es el que nece-

sariamente ha de llegar y anteladamente se sabe cuándo; el segundo, en cambio, es aquel que también ha de suceder, pero no se sabe cuándo, en qué fecha ni época.

La condición es, indica el artículo 1530 ibídem, "un acontecimiento futuro, que puede suceder o no". Lo que diferencia fundamentalmente el plazo de la condición es que aquél envuelve un suceso futuro, pero cierto, en tanto que en ésta ese acontecer es futuro e incierto.

Entre las varias clases de condiciones importa recordar aquí la llamada potestativa, que es "la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor" (art. 1534 C. C.); pero es indispensable también no olvidar que la obligación "contraída bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga" es nula (art. 1535 ejusdem), sencillamente porque es contrario a la esencia de la obligación que ella dependa de la pura y sola voluntad del que se supone obligado.

Como el plazo, también la condición puede ser determinada e indeterminada. Es determinada aquella que, sin perder sus caracteres de futura e incierta, ofrece la particularidad de que, si llega a realizarse, por anticipado se sabe cuándo o en qué época ha de suceder; es indeterminada la condición cuando se halla estrictamente sometida a la incertidumbre, esto es, que no se sabe si sucederá o no, ni cuándo.

4. Pero si según el ordinal 3º del precitado artículo 89 de la Ley 153, la promesa de contrato, para su validez, debe contener "un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato" (se subraya), bien se comprende que para cumplir tal exigencia no puede acudirse a un plazo indeterminado o a una condición indeterminada, porque ni el uno ni la otra, justamente por su indeterminación, son instrumentos idóneos que sirvan para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento o fijación de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida.

En verdad que, como lo predica el recurrente, en alguna época la Corte dijo que en el contrato de promesa la indicación del momento en que ha de celebrarse el con-

venio prometido puede hacerse mediante una condición determinada o indeterminada (sentencia de 2 de mayo de 1957, G. J. t. LXXXV, 59 y 60). Tal jurisprudencia fue sin embargo prontamente rectificada (sentencia 1º de junio de 1965, G. J. t. CXI, 141), porque no se "concilia con la naturaleza del contrato expresado, que requiere, como factor esencial de su estructura jurídica, la fijación de la época en que debe concertarse la convención prometida, fijación que no puede obtenerse por intermedio de una tal condición, cuya característica distintiva radica precisamente en la indeterminación del momento en que puede suceder, si acaso llegare a realizarse".

Jurisprudencia esta última que la Corte prohió posteriormente en fallos múltiples y que hoy, lejos de recogerla, la reitera en la presente sentencia, ante el fundado temor de distorsionar la naturaleza esencial, los caracteres y fines jurídicos de la promesa de contrato con el prohijamiento de la tesis contraria.

5. En el caso de la promesa de permuta que los aquí querellantes acordaron el 11 de septiembre de 1977, estipularon ellos que, "La escritura correspondiente de la finca se otorgará una vez se ventile el traspaso de los papeles o documentos del bus". Esta estipulación, por las razones que adelante se consignan, no constituye, a juicio de la Corte, plazo ni condición determinados para que pueda decirse, como lo asevera la censura, que si se cumplió el requisito del numeral 3º del precitado artículo 89 de la Ley 153.

Está dicho ya que, a términos del artículo 1551 del Código Civil, el plazo "es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación", definición de la cual se infiere que el plazo consiste en un suceso futuro pero de realización cierta, o sea, en un hecho que habrá de suceder de manera indefectible. Esta certeza en su acaecer es lo que caracteriza principalmente el plazo y uno de los aspectos fundamentales que lo distinguen de la condición, la cual constituye por el contrario un acontecimiento incierto. Y se ha dicho también que según esa misma ley el plazo convencional se divide en expreso y tácito, según que los contratantes lo convengan de modo

explícito, o que se sobreentienda implícitamente estipulado como tiempo indispensable para cumplir la obligación. Pero expreso o tácito, el plazo es siempre un hecho futuro y cierto, de modo que por ser tácito no pierde este carácter de certeza o de realización infalible.

Por la cláusula 6ª del contrato de promesa y que se transcribió atrás, estipularon los contratantes que la escritura correspondiente a la finca que permutarían los demandantes a cambio de un bus se otorgaría "una vez se ventile el traspaso de los papeles o documentos" de éste, lo que denota que la ejecución del hecho previsto quedaría a la discreción del dueño del automotor, circunstancia que impide atribuirle certeza o seguridad a la tramitación de los referidos "papeles o documentos". Era el propio demandado, en efecto, quien como dueño del automotor debía gestionar el "traspaso" aludido en favor de los demandantes; pero si contractualmente asumió esa obligación específica, es incuestionable que podía llegar a incumplirla; y esa contingencia de incumplimiento, con origen en la exclusiva voluntad del deudor, constituye a no dudarlo un factor de incertidumbre que impide reconocerle a la cláusula mencionada el alcance de plazo tácito.

Podría decirse que por ser un hecho futuro pero de ocurrencia incierta constituye una condición, pero por depender su ejecución de la mera voluntad de la persona obligada tendría carácter indeterminado, pues de llegar a realizarse, no podría saberse en qué momento o cuándo se "ventile el traspaso de los papeles o documentos". A más de que esa obligación sería nula por haber sido contraída "bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga" (art. 1535).

6. No incurrió pues en yerro en juzgando alguno el Tribunal de Pereira, al aseverar que el contrato de promesa de permuta que aquí se analiza no contiene "un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato", y que por consiguiente dicho pacto es nulo.

Y como esa sola omisión en el referido contrato de promesa es suficiente para fun-

dar la declaración judicial de nulidad, la Corte se ve relevada del deber de analizar el otro yerro que las censuras le enrostran a la sentencia de instancia, o sea el referente al argumento de que no se señaló la notaría en la cual se solemnizaría el contrato de permutación prometido, pues aún en el evento de que tal error existiera, el fallo del Tribunal no podría quebrarse por encontrar base sólida en la inobservancia de la exigencia del numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Se rechazan pues estos dos cargos.

Cuarto cargo

1. Por éste se acusa el fallo del Tribunal de ser directamente violatorio, por inaplicación, del inciso 3º del artículo 964 del Código Civil; de los incisos primero y segundo de este mismo texto legal, los dos por aplicación indebida; y del artículo 1746 *ibidem* por interpretación errónea.

2. Desenvolviéndolo, recuerda el casacionista que el Tribunal en su sentencia, para regular las prestaciones mutuas, consideró a las partes "poseedoras de mala fe a partir de las respectivas fechas de la demanda y su contestación", lo cual equivale, agrega la censura, a que al demandado "lo calificó como poseedor de buena fe hasta la contestación de la demanda, y de mala fe desde allí en adelante"; y que sin embargo de tal calificación, en unos párrafos más adelante, expresa que "la restitución de frutos naturales y civiles se hará por el tiempo en que los litigantes tuvieron en su poder los bienes negociados, o sea, a partir del 11 de septiembre de 1977...".

"En los anteriores razonamientos y determinaciones del Tribunal —expresa el impugnante concretando el error jurídico que denuncia— hay una manifiesta confusión. En efecto, el Tribunal al decir que el demandado se reputa poseedor de mala fe desde el 'traslado' (debió haber dicho 'contestación') de la demanda, obviamente está afirmando su condición de poseedor de buena fe hasta ese mismo momento, obedeciendo con tal afirmación al principio general de que la buena fe se presume... Pero sentada esa premisa, se im-

ponía en materia de restitución de frutos condenar al demandado Montoya Restrepo a restituir apenas, según el inciso 3º del artículo 964 Código Civil, los que pudieran producirse a partir de la fecha en que contestó la demanda... Sin embargo, no procedió así el Tribunal, sino que olvidando palmariamente el inciso mencionado, resolvió que los frutos que debía restituir eran los producidos por la finca desde la fecha en que la recibió, con lo cual no hizo otra cosa que aplicarle al demandado el tratamiento propio de un poseedor de mala fe (inciso 1º del art. 964), contradiciendo con ello la calificación de poseedor de buena fe que expresamente le reconoció".

Se considera

1. *En verdad que, en materia de prestaciones mutuas y más concretamente en lo tocante a la obligación restitutoria de frutos que incumbe al poseedor vencido en las acciones reivindicatorias, de nulidad y rescisorias, la ley da a éste tratamiento diferente según que sea de mala o de buena fe. Mientras el primero debe devolver los frutos percibidos y los que hubiere podido percibir, durante todo el tiempo en que haya detentado el bien; el segundo, en cambio, sólo debe restituir los percibidos después de la contestación de la demanda respectiva.*

Dice en efecto el artículo 964, incisos 1º y 3º, del Código Civil, que "El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder"; y que "El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda...".

Preceptiva legal esta que es aplicable cuando se hace la declaración judicial de nulidad de un acto jurídico, no sólo porque expresamente la ley así lo indica, sino también por cuanto el efecto natural y propio de tal declaración es la restitución completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato anulado. "En las restituciones mutuas

que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, —dice el art. 1746-2 *ibidem*— será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales...”.

2. En el caso de este proceso y relativamente a las condenas por frutos que se impusieron como consecuencia de la nulidad contractual declarada, decidió el Tribunal de Pereira que el demandado debe restituir los obtenidos de la finca “a partir del once de septiembre de mil novecientos setenta y siete”; y los demandantes los “restituados por el bus, a partir, también, del once de septiembre de mil novecientos setenta y siete”, diciendo que “los demandantes han de reputarse poseedores de mala fe desde la fecha de la presentación de la demanda, y el demandado desde la del traslado de la misma”. Y al motivar su decisión dijo que los poseedores se deben reputar “de mala fe desde la fecha de la presentación de la demanda los demandantes y del traslado de la misma el demandado”, en contraste con lo resuelto por el juez a quo que consideró, tanto a éste como a aquéllos, como poseedores de buena fe durante todo el tiempo de la ocupación.

Bien se ve, luego de parangonar tales motivación y decisión del sentenciador de segundo grado, que en su fallo el Tribunal de Pereira no rindió tributo a la lógica, ni menos a la precisión jurídica. Porque si estimó a los litigantes como poseedores de buena fe durante el inicio de la ocupación de los bienes y hasta las fechas de presentación de la demanda y contestación a ésta, hizo mal en condenarlos a restituir los frutos producidos por las cosas antes de tales fechas; o sea, que desconociendo el tratamiento que de poseedor de buena fe le dio al demandado, le impuso sin embargo una condena que es propia del poseedor de mala fe.

3. Al razonar así el sentenciador ad quem incurrió en el error *juris in iudicando* que el recurrente formula en este cargo

cuarto de su demanda, que trascendió a la disposición respectiva de su sentencia, consistente dicho yerro de hermenéutica en suponer que en un caso como el de autos el demandado, a quien se califica como poseedor de buena fe, está obligado a restituir los frutos producidos por la cosa durante todo el tiempo que la ha tenido en su poder, y no solamente los percibidos por él a partir de la contestación de la demanda.

Interpretó erróneamente el artículo 1746 del Código Civil, pues lo aplicó inexactamente en cuanto a que esa norma se remite, en lo atinente a la fe del demandado vencido y a las prestaciones por él debidas, a las reglas generales; aplicó indebidamente los dos primeros incisos del artículo 964 *ibidem* y, por ende, dejó de aplicar al caso el inciso 3º de esta misma disposición.

Se impone, por tanto, el quiebre de la sentencia en la disposición combatida con éxito para, en su lugar, dictar la sentencia de instancia que deba reemplazar la resolución casada.

V

Sentencia sustitutiva

Resulta de lo expuesto que por la prosperidad del cargo cuarto la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse; pero como su quiebra es sólo por el eficaz ataque parcial que en dicho cargo se le hace al fallo, o sea en cuanto en éste se condenó al demandado a restituir frutos de la finca “Anquima” a partir del 11 de septiembre de 1977 y no desde el 27 de abril de 1981, fecha de la contestación de la demanda, la sentencia que la Corte debe dictar como tribunal de instancia, tendrá que limitarse a corregir tal yerro y reproducir las demás decisiones que trae el fallo impugnado, pues las censuras contra éstas no alcanzaron prosperidad.

Es procedente advertir que la condena por frutos impuesta a los demandantes debe quedar en pie, tal cual fue declarada en la sentencia del Tribunal, desde luego que tales condenados se conformaron con

esa decisión de segunda instancia al no impugnarla.

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 treinta (30) de junio, de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. Confírmense los ordinales primero (1º), segundo (2º), tercero (3º) y quinto (5º) de la parte resolutive de la sentencia de nueve (9) de marzo del mismo año, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Belén de Umbria;

Segundo. Refórmase el ordinal cuarto (4º) de la parte resolutive de dicha sentencia, el cual por tanto quedará así:

a) Se condena al demandado Carlos Arturo Montoya Restrepo a pagar a los demandantes Alirio Zamorano Santos y Marco Tulio Valencia, en abstracto, el valor de los frutos naturales y civiles producidos por la finca "Anquima" a partir de la con-

testación de la demanda, o sea del 27 de abril de 1981, hasta que se realice la entrega de esa finca.

b) Se condena a los demandantes citados Zamorano Santos y Valencia Osorio a pagar al demandado Montoya Restrepo, también *in genere*, "los frutos naturales y civiles reedituados por el bus, a partir del once de septiembre de mil novecientos setenta y siete".

Parágrafo. Para la liquidación de las anteriores dos condenas por concepto de frutos, se seguirá el trámite indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

Tercero. Se condena al demandado al pago del setenta por ciento (70%) de las costas causadas en la segunda instancia del proceso; y

Cuarto. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Germán Giraldo Zuluagá, con salvamento de voto; *José María Esguerra Samper*, con salvamento de voto; *Héctor Gómez Uribe*, *Humberto Murcia Ballén*, *Alberto Ospina Botero*, *Jorge Salcedo Segura*, con salvamento de voto; *Eduardo Murcia Pulido*, conjuer.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

En relación con la nulidad de las promesas de contrato cuando están sujetas a una condición

Proceso ordinario de Marco Tulio Valencia Osorio contra Carlos Arturo Montoya Restrepo.

Dice la sentencia de que discrepo: "El contrato de promesa, lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, tiene una finalidad económica peculiar, cual es la de asegurar la celebración en el futuro de otro contrato (contrato preparado), cuando los interesados actualmente no quieren o no pueden realizarlo". En ese punto está mi primera discrepancia. El contrato de promesa, como cualquier otro contrato, tiene como fin, como objetivo sustancial, crear obligaciones para las partes. Que esas obligaciones se cumplan o no es cuestión que en manera alguna incide en la validez del contrato. El contrato de compraventa, por ejemplo, tiene como finalidad obligar a uno a hacer tradición de la cosa vendida y al otro a pagar el precio, pero no asegurar que necesariamente cada uno de los contratantes cumpla su obligación. Se incumplan los contratos pero siguen siendo válidos. El incumplimiento no incide, no puede incidir en manera alguna en la validez del contrato. Tal fenómeno ciertamente da lugar a consecuencias totalmente diferentes de la invalidez, como son la resolución, la terminación o la ejecución del contrato. Hay, pues, gran diferencia entre obligarse a algo y asegurar que ese algo se cumpla. Toda obligación está eventualmente sujeta a su incumplimiento pero de ese hecho no puede predicarse jamás de los jamaeses la nulidad del contrato.

Agrega la sentencia que la finalidad económica de la promesa le imprime un carácter eminentemente provisional y transitorio. Cierto. Pero este apotegma no es predicable exclusivamente del contrato de

promesa sino de todo contrato. El negocio jurídico contrato tiene como finalidad específica producir obligaciones. La obligación es un vínculo jurídico eminentemente transitorio. Toda obligación, no sólo la que emana de la promesa, tiene carácter transitorio, porque las obligaciones nacen normalmente para cumplirse y al cumplirse se extinguen, dejan de ser. Esa extinción de las obligaciones cuando se produce por el pago, o sea por el cumplimiento, que es el modo de extinción por antonomasia, produce por lo general situaciones o relaciones jurídicas esas sí definitivas, como que generalmente el pago es una tradición y como tal crea el derecho real de propiedad, que a diferencia de la obligación, es perenne. Cuando el vendedor se obliga a hacer tradición de la cosa vendida, esa obligación es "provisional y transitoria", porque como obligación está sujeta a extinguirse cuando se cumpla, convirtiéndose al acreedor de esa obligación, que es el comprador, en dueño. Lo propio se puede decir del comprador, que adquiere la obligación de pagar el precio; cuando cumple su obligación ésta se extingue. La vida de toda obligación es, pues, eminentemente provisional y transitoria y tal característica no puede aplicarse exclusivamente, como lo pretende la sentencia de que discrepo, a las obligaciones que de hacer otro contrato surgen de la promesa.

Agrega la sentencia: "en su celebración debe evitarse toda incertidumbre sobre la época en que ha de concretarse el contrato prometido y determinarse esa época". He ahí el punto central de mi inconformidad. Niego de plano la anterior afirmación. Las partes contratantes son absolutamente libres de convenir los términos de

su contrato en la forma en que mejor les parezca. Por tanto, si al celebrar el contrato dejan el cumplimiento de la obligación pendiente de un fenómeno incierto, allá ellas. Ese hecho en modo alguno puede determinar la nulidad del contrato. Lo anterior lo afirmo basado en los términos de la ley. Todo contrato puede celebrarse bajo condición suspensiva o resolutoria. Específicamente el contrato de promesa, según voces del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para que valga, debe reunir, entre otros, uno de los siguientes requisitos: estar sujeta a un plazo o condición. ¿Qué es la condición? Un hecho futuro e incierto, que puede suceder o no (art. 1530 del C. C.). Entonces, si la promesa puede estar sujeta para la determinación de la época en que debe cumplirse a un hecho que puede suceder o no, es decir, puede por voluntad del legislador someterse a una incertidumbre, ¿cómo es posible que el intérprete de la ley afirme que la promesa debe evitar esa incertidumbre? Entonces, ¿a quién hay que creerle? ¿A la ley o a su intérprete, por autorizado que sea?

Agrega la sentencia: "es indeterminada la condición cuando se halla estrictamente sometida a la incertidumbre, esto es, que no se sabe si sucederá o no, ni cuando". Error. Tal definición, que la sentencia pretende dar a la condición indeterminada, es sencilla y llanamente la que corresponde a toda definición de condición. La calificación de las condiciones en determinadas e indeterminadas, de creación jurisprudencial, no legal, contraría el texto de la ley, porque le da a la condición una clasificación que desvirtúa la institución, toda vez que la condición determinada, que por oposición a la indeterminada es la que se sabe cuándo va a ocurrir, contradice fla-

grantemente el concepto de condición. Deja de ser incierta. Es decir, deja de ser condición.

Finalmente, citando una jurisprudencia de la Corte de 2 de mayo de 1965, ahora expresó que la promesa requiere "como factor esencial de su estructura jurídica, la fijación de la época en que debe concretarse la convención prometida, fijación que no puede obtenerse por intermedio de una tal condición, cuya característica definitiva radica precisamente en la indeterminación del momento en que puede suceder, si acaso llega a realizarse". No puedo entender que cuando la ley dice que la promesa debe someterse a una condición, es decir, que queda sujeta a la incertidumbre, la Corte diga por sí y ante sí que si la celebración del contrato prometido es incierta, ello contraría a la ley.

Si las partes quieren celebrar un contrato cuyo cumplimiento queda sujeto a la incertidumbre, y lo hacen a sabiendas, tal contrato es válido, jamás se puede coartar así su voluntad contractual. Afirmar que el contrato de promesa es nulo cuando es incierto su cumplimiento, siendo que es la propia ley la que permite pactarlo así, es violar la ley so pretexto de interpretarla cuando su sentido es claro y no deja lugar a la menor duda.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto consideré que los cargos segundo y tercero debían prosperar. He ahí la razón por la cual salvé el voto.

Dejo en los anteriores términos expresado mi disenso.

Fecha, la de la sentencia.

Jorge Salcedo Segura.

SALVAMENTO DE VOTO

No acogí en su totalidad las conclusiones del fallo precedente, porque en mi sentir, y en el de la mitad de los miembros de la Sala, debía haber prosperado el cargo segundo por las siguientes breves razones:

a) El hecho de que en el escrito de promesa no se haya indicado expresamente la notaría en que, en su momento debía otorgarse la escritura pública, ninguna incidencia tenía en el caso presente, pues por ser los contratantes vecinos de un mismo municipio en que no existe sino una sola notaría, el vacío contractual se llenaba fácilmente con lo que dispone el artículo 1646 del Código Civil al establecer que, en casos como el que se estudia, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, es decir, que la escritura debía otorgarse ante el notario de Belén de Umbría.

b) Al pactarse por medio de la cláusula sexta que la escritura se otorgaría "una vez se ventile el traspaso de los papeles o documentos del bus", con ello no se asumió "obligación potestativa", desde luego

que no quedaba al arbitrio del deudor cumplir o no con la obligación de hacer el traspaso del vehículo, obligación que debía necesariamente cumplir como antecedente para el otorgamiento de la escritura.

c) Claramente determinada está en el contrato la obligación de otorgar la escritura y cuál era su objeto. La circunstancia de que se haya estipulado que ese otorgamiento se haría "una vez" se cumpliera el traspaso del automotor, indica claramente el orden cronológico en que las obligaciones de uno y otro contratantes debía satisfacerse, mas no comporta indeterminación ni de la obligación ni de la época en que se otorgaría la escritura.

Bogotá, D. E., 4 de julio de 1983.

Germán Girildo Zuluaga.

Me adhiero.

José María Esguerra Samper

S I M U L A C I O N

El efecto inter partes es el de hacer prevalecer la intención real sobre la declaración fingida o irreal. Con relación a terceros de buena fe, la sentencia les es inoponible

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., julio siete de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por *Cornelia Paz Collazos* y *Aura María Paz de Sossa* contra la sentencia de 14 de abril de 1982, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario adelantado por *Luis Ignacio Corral Lloreda* contra *Romelia Corral de Rojas y tros*.

Antecedentes

I. Por demanda de 10 de septiembre de 1973, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira, solicitó el mencionado demandante, identificándose como heredero de Romelia Lloreda viuda de Corral, que con audiencia de la referida Romelia Corral de Rojas se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

“1ª Que el *contrato de compraventa* contenido en la Escritura número 1557 de 16 de julio de 1965 otorgada en la Notaría Primera de Palmira y a que se refiere el hecho primero de esta demanda, es *simulado absolutamente*, por haberlo así declarado las otorgantes de dicho instrumento; y por no haber habido intención de vender por una parte, ni de comprar, por otra. Ni haber habido pago del precio, según el documento privado firmado por las mismas otorgantes.

“2ª Que el inmueble determinado en el hecho primero descrito allí, pertenece al señor Luis Ignacio Corral Lloreda, por no haber salido del patrimonio de la señora Romelia Lloreda viuda de Corral, madre legítima de aquél.

“3ª Que la demandada debe restituirlo a Luis Ignacio Corral Lloreda, junto con los frutos civiles o naturales que el inmueble haya podido producir desde la celebración del contrato de compraventa hasta el día de la restitución.

“4ª Que sea condenada en costas”.

II. El demandante refiere como fundamentos de hecho de las pretensiones, los que seguidamente se compendian:

a) Que Romelia Lloreda viuda de Corral, por medio de la Escritura Pública número 1557 de 16 de julio de 1965 de la Notaría Primera del Circuito de Palmira, dijo vender a Romelia Corral de Rojas una casa de habitación, ubicada en la ciudad de Palmira, concretamente en la carrera 2ª (hoy carrera 32), entre calles 12 y 13 (hoy 30 y 31); distinguida con el número 30-53 y delimitada como allí se indica.

b) El mismo día de la fecha de la escritura citada, las otorgantes extendieron y firmaron un documento privado, en donde hicieron constar que “la mencionada venta de que trata la Escritura número 1557 de 16 de julio de este año en la Notaría Primera de este circuito, es una escritura de simulación. Que los testigos que firmaron dicha escritura también son los testigos de este documento y enterados de este negocio, y firman con los contratantes el presente documento”.

c) El referido documento privado "se autenticó ese mismo día ante el notario que extendió la escritura, como puede verse al reverso de dicho documento. Y registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de este circuito".

d) La Escritura 1557, contentiva de la simulación, fue registrada el 16 de febrero de 1973, "en donde aparece también la constancia de registro del documento privado".

e) Que además de los hechos expresados, los cuales ponen de presente que el contrato de compraventa a que se refiere la Escritura 1557, es simulado, se suma el de que en el documento privado se expresó, "que el valor estipulado en la mencionada escritura no ha sido pagado por la que figura como compradora señora Romelia C. de Rojas".

f) Que la simulante compradora, desde el fallecimiento de la vendedora que ocurrió el 15 de julio de 1968, ha venido poseyendo y explotando el bien raíz.

g) Que Luis Ignacio Corral Lloreda es heredero único de Romelia Lloreda viuda de Corral.

III. Emplazada la demandada y provista de curador *ad litem*, éste respondió en el sentido de admitir los hechos que aluden a la simulación, pero culmina con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones que denominó "ilegitimidad de personería en la parte actora, carencia de acción y cualquier hecho en virtud del cual la obligación ha dejado de existir si alguna vez existió".

IV. Por escrito de 17 de junio de 1975, el demandante Luis Ignacio Corral Lloreda, procedió a corregir la demanda en los términos siguientes:

"El hecho segundo (2º): Que se declare que el inmueble descrito en el punto primero pertenece a la sucesión de la señora Romelia Lloreda viuda de Corral, representada por su hijo legítimo y único en la actualidad, señor Luis Ignacio Corral Lloreda de las condiciones civiles indicadas en la demanda.

"El hecho tercero se aclara así: Que la demandada debe restituirlo al señor Luis

Ignacio Corral Lloreda en representación de la sucesión de la señora Romelia Lloreda viuda de Corral o a la sucesión de la señora Romelia Lloreda viuda de Corral, representada por el señor Luis Ignacio Corral Lloreda, junto con los frutos civiles y naturales que el inmueble haya podido producir desde la celebración del contrato de compraventa hasta el día de la restitución".

V. Posteriormente, mediante escrito presentado el 8 de octubre de 1975 solicitó Dora Edith Collazos que se le tuviese como interviniente litisconsorcial, en procura de que se declarase, para el evento en que prospere la pretensión de simulación, que ésta no producía efectos contra ella, "ni contra el adquirente del inmueble del litigio en el remate que del mismo se produzca dentro del remate de proceso ejecutivo con título hipotecario adelantado por Dora Edith contra Romelia Corral de Rojas". Además que se condenase a la demandante y demandada al pago de perjuicios y costas.

VI. La citada Dora Edith apoyó sus súplicas en los hechos que a continuación se resumen:

a) Que entre Dora Edith Collazos y Romelia Corral de Rojas, según Escritura Pública número 2148 de 30 de octubre de 1967 de la Notaría Primera del Círculo de Palmira, se celebró un contrato de mutuo con hipoteca, constituyéndose esta última sobre el bien raíz que es objeto de la simulación.

b) Que el documento privado suscrito entre Romelia Lloreda viuda de Corral y Romelia Corral de Rojas "permaneció oculto hasta el 17 de octubre de 1972, en que fue inscrito en el Libro de Registro de Documentos de la Oficina de Registro".

c) Que Dora Edith Collazos "recibió en garantía de hipoteca de Romelia Corral de Rojas el inmueble singularizado en el hecho primero de este escrito y cuando inscribió la correspondiente escritura de hipoteca obró con buena fe exenta de culpa al considerar que la señora Romelia Corral de Rojas era la poseedora inscrita del dicho inmueble, puesto que las simuladoras mantenían oculta la prueba de la

simulación y sólo la divulgaron después de que había sido otorgada e inscrita la escritura de hipoteca referida en el hecho primero”.

d) Como la deudora Romelia Corral de Rojas no cumpliera con su obligación derivada del mutuo con hipoteca, la acreedora Dora Edith la demandó en proceso de ejecución con título hipotecario, litigio que se encuentra para remate.

VII. El juzgado del conocimiento resolvió tener a Dora Edith Collazos como coadyuvante de la demandada Romelia Corral de Rojas.

VIII. Por libelo de 24 de noviembre de 1975, Luis Ignacio Corral Lloreda, en su calidad de heredero de Romelia Lloreda viuda de Corral, solicitó que con audiencia de Dora Edith Collazos y Romelia Corral de Rojas se declarase la nulidad absoluta de la hipoteca contenida en la Escritura Pública número 2148 de 30 de octubre de 1967, de la Notaría Primera del Circuito de Palmira y, consecuentemente, que se ordene la cancelación del gravamen, con fundamento en haber sido constituida sobre cosa ajena.

IX. La demandada Dora Edith Collazos respondió en el sentido de admitir como ciertos algunos hechos y de negar otros, por lo que terminó con oposición a las súplicas y con la formulación de los medios exceptivos que denominó de “carencia de interés jurídico sustancial de la parte demandante, y prescripción de la acción”.

X. Más adelante, Cornelia Paz Collazos y Aura María Paz de Sossa, mediante demanda de 29 de noviembre de 1977, solicitaron que con audiencia del demandante Luis Ignacio Corral Lloreda y de las demandadas Romelia Corral de Rojas y Dora Edith Collazos, se tuviese a aquéllas como terceras intervinientes *ad excludendum* y, por tanto, se hiciesen las siguientes declaraciones:

“Primera. Que se declare que al tenor de lo dispuesto por el artículo 1750 del Código Civil, la acción de simulación se encuentra prescrita, en consecuencia no se puede declarar.

“Segunda. Que en caso de llegarse a declarar la nulidad absoluta por simulación, se exprese claramente que esta declaratoria no produce ningún efecto contra mis poderdantes, quienes son adquirentes de buena fe, dentro de un remate efectuado con todas las formalidades de ley por el Juzgado 4º Civil del Circuito, tal como lo ordena el artículo 1766 del Código Civil.

“Tercera. Que se declare que no hay lugar a la cancelación de su título en el registro de Palmira, aunque la inscripción del mismo se haya efectuado después de inscrita la demanda de simulación y reivindicación aunque sea declarada la nulidad absoluta por simulación, por cuanto los efectos de dicha declaración no pueden producir efectos contra mis poderdantes, quienes son terceras adquirentes de buena fe.

“Cuarta. Que tampoco hay lugar a declarar la nulidad de la hipoteca contenida en la Escritura Pública número 2148 de octubre 30 de 1967 de la Notaría Primera de Palmira, registrada en esta ciudad el 6 de noviembre de 1967 en el libro de hipotecas, tomo 020, Partida número 1592 y cuyo cobro ejecutivo se tramitó en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira y en donde mis poderdantes adquirieron la mayor parte del predio de que se trata en los procesos acumulados, por cuanto la constitución de la hipoteca se hizo figurando el predio que se hipotecaba a nombre de Romelia Corral de Rojas como consta en el Certificado de Tradición que se acompañó al proceso ejecutivo, es decir, se hizo de buena fe por parte de Dora Edith Collazos, exenta de toda culpa y porque las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no produce efectos contra terceros.

“Que se condene en costas al demandado y por perjuicios solidariamente”.

XI. Apoyan sus pretensiones en los siguientes hechos:

a) Que en el proceso de ejecución con título hipotecario adelantado por Dora Edith Collazos contra Romelia Corral de Rojas, el 15 de agosto de 1976 se presentaron Cornelia Paz Collazos y Aura María

Paz de Sossa a rematar los bienes raíces descritos en el hecho primero.

b) Del remate se excluyó el predio de que trata el hecho segundo, por estar en posesión de él Ignacio Corrales Lloreda.

c) Los predios adjudicados a las rematantes y el predio poseído por el mencionado Corrales Lloreda conformaban uno solo y aquéllas se encuentran en posesión de los bienes por ellas rematados.

d) De acuerdo con los procesos ordinarios adelantados por Ignacio Corral Lloreda, referentes el uno a la simulación y el otro a la nulidad de una hipoteca, las rematantes se verían afectadas, por lo que tienen derecho a intervenir para solicitar que "los derechos de dominio y posesión por ellas adquiridos de buena fe y en remate público sean respetados, en caso de llegarse a dictar sentencia favorable al demandante" Ignacio Corral Lloreda, puesto que "las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escrituras públicas no produce efecto contra terceros al tenor de lo dispuesto por el artículo 1766; en consecuencia el contrato de mutuo celebrado por Dora Edith Collazos con Romelia Corral de Rojas y contenido en la Escritura de Hipoteca número 2148 de octubre 30 de 1967 de la Notaría 1ª de Palmira, es perfectamente válido, lo mismo que el remate efectuado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira, en donde adquirieron mis poderdantes, por cuanto se trata de terceras personas a quienes la ley protege".

XII. El escrito de intervención *ad excludendum* declina contestarlo Dora Edith Collazos, mas no así Luis Ignacio Corral y Romelia Corral de Rojas, pues el primero de los últimamente citados responde en el sentido de admitir buena parte de los hechos y de oponerse a las súplicas de la demanda y, la segunda, de aceptar como ciertos todos los hechos salvo el quinto y el once, por lo que culmina no oponiéndose a las pretensiones, excepto la relativa a la condena en costas.

XIII. El demandante Luis Ignacio Corral Lloreda, a su vez demandado *ad ex-*

cludendum, por escrito de 22 de febrero de 1978 procedió a formular demanda de reconvencción contra Cornelia Paz Collazos y Aura María Paz de Sossa, a fin de que se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

"a) Que Cornelia Paz Collazos y Aura María Paz de Sossa carecen de la calidad de adquirentes y poseedoras de buena fe, de los siguientes inmuebles rematados: 1º Una casa de habitación o apartamento situado dentro del área urbana de esta ciudad de Palmira, en la carrera 32 entre calles 30 y 31, distinguida en su puerta de entrada con el número 30-53, compuesto de tres piezas, corredor interior, cocina, dos patios, uno en pisos de mosaico y el otro en pisos naturales, baño en paredes de ladrillo debidamente repelladas, un servicio sanitario compuesto de inodoro de porcelana y lavadero del mismo material, lavadero de ropas e instalaciones para la provisión de agua y energía eléctrica, lo mismo que desagüe al alcantarillado público, junto con el lote de terreno sobre que está edificada de cuatro metros de frente, más o menos, por cuarenta de fondo, determinado por estos linderos especiales: Oriente, la carrera 32; Occidente, predio de Eduardo Irurita y Eleázar Aldana; Sur, predio de Ramón Jiménez y de la Unión Misionera Evangélica; Norte, apartamento o propiedad de Romelia Corral de Rojas. 2º Un apartamento situado dentro del área urbana de esta ciudad en la carrera 32 entre calles 30 y 31, levantado sobre paredes de adobe, techo de tejas de barro, cielos rasos de esterilla, pisos de mosaico, compuesto de un salón, sala-comedor, dos alcobas, lavadero de ropas, servicios sanitarios completos, instalaciones para la provisión de agua y luz eléctrica, desagües al alcantarillado público, junto con el lote de terreno sobre el cual está edificado que mide seis (6) metros más o menos, (no dice el fondo), alinderado así: Oriente, la carrera 32; Occidente, predio de Romelia Corral de Rojas; Sur, predio de la misma Romelia Corral de Rojas; Norte, predio de Justino Lara. El fondo es de 15 metros, más o menos. Distinguido en la puerta de entra-

da con el número 30-63. El globo de terreno comprensivo de los anteriores inmuebles, originalmente, está alinderado así: Norte, predio de Celina García viuda de Molina; Sur, propiedad de Buenaventura Durán; Oriente, la carrera 32; Occidente, propiedad de Mercedes Aldana, linderos que han variado en la forma anotada en la adjudicación.

“b) Que como adquirentes y poseedoras de mala fe, la sentencia que se pronuncie sobre la simulación absoluta, en el referido proceso, de Luis Ignacio Corral Lloreda contra Romelia Corral de Rojas, acumulado al de nulidad de la hipoteca, contra ésta y Dora Edith Collazos, así como también sobre nulidad de la hipoteca, tienen efectos contra ellas por no estar amparadas con la presunción de buena fe.

“c) Que en consecuencia, se les condene a restituir a la sucesión de Romelia Lloreda de Corral, representada por su heredero único Luis Ignacio Corral Lloreda, los inmuebles rematados y adjudicados, que se han determinado.

“d) Que deben pagar todos los frutos civiles y naturales que se hayan producido desde el día de la entrega como resultado del remate, hasta el día de la restitución.

“e) Que se les condene en costas”.

XIV. Como fundamento de las pretensiones precedentes, el libelista enuncia los hechos siguientes:

a) Dora Edith Collazos dio en préstamo con garantía hipotecaria a Romelia Corral de Rojas la suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00). El inmueble gravado consistió en una casa de habitación situada en la ciudad de Palmira, en la carrera 32, calles 30 y 31. De esto da fe la Escritura Pública número 2148 de 30 de octubre de 1967, de la Notaría Primera del Círculo de Palmira.

b) El inmueble hipotecado “había sido materia de compraventa simulada entre Romelia Lloreda de Corral como vendedora y Romelia Corral de Rojas como compradora, operación celebrada por Escritura Pública número 1557 de 16 de julio de 1965 de la Notaría Primera de Palmira”.

c) Luis Ignacio Corral Lloreda, como heredero de la vendedora, estableció “demanda de simulación absoluta del contrato de compraventa referido contra Romelia Corral de Rojas”. Posteriormente, sobre nulidad de la hipoteca contra Dora Edith Collazos, por haberse constituido gravamen hipotecario sobre cosa ajena. Estos procesos se acumularon.

d) Por otra parte, la acreedora hipotecaria Dora Edith Collazos adelantó proceso de ejecución contra la deudora Romelia Corral de Rojas y en dicho litigio remataron Cornelia Paz Collazos y Aura María Paz de Sossa “el inmueble en las porciones avaluadas, tal como se hizo el aviso”.

e) Mas ocurre que las rematantes promueven “demanda contra Luis Ignacio Corral Lloreda, Romelia Corral de Rojas y Dora Edith Collazos, para que se declare: a) Que la acción de simulación está prescrita conforme al artículo 1750 del Código Civil; b) Que en caso de pronunciarse la simulación, la sentencia no tiene efecto contra las actoras, ‘quienes son adquirentes de buena fe’”; c) Que no hay lugar a la cancelación de su título en el registro, por cuanto la declaración sobre simulación no tiene efecto contra ellas que son adquirentes de buena fe; y, d) Que tampoco hay lugar a declarar la nulidad de la hipoteca porque las actoras adquirieron de buena fe, figurando Romelia Corral de Rojas como dueña del predio.

f) Empero, las rematantes no lo fueron de buena fe, “pues quien compra en subasta pública, en un juzgado, no es comprador que esté exento o exonerado de cerciorarse o asegurarse de las condiciones y calidades del inmueble que va a ser materia de aquélla y quién o quiénes son propietarios y si lo son en verdad. El mismo cuidado y diligencia y las mismas medidas de previsión debe tomar, como las debe tomar el comprador por medio de la notaría”.

g) En el proceso de ejecución con título hipotecario, en donde se efectuó el remate, “obraron piezas y documentos que evitaban la ignorancia o falta de conocimiento de las actoras Cornelia Paz Collazos y Aura María Paz de Sossa, no sólo la exis-

tencia del proceso ordinario de simulación absoluta promovido por Luis Ignacio Corral Lloreda en el Juzgado 3º Civil de este Circuito, sino la simulación misma, evidenciada en el documento privado en donde las simulantes la hicieron constar”.

h) Por último añade el reconviniente que en “el proceso citado del Juzgado 4º obraba el *certificado* del Registrador de Instrumentos Públicos de este circuito, acompañado a la demanda por el apoderado de la actora; copia de mi demanda y de la contestación que a ella dio en el Juzgado 3º Civil de este circuito el representante de la demandada Romelia Corral de Rojas; el *certificado* del mismo registrador sobre el registro del documento privado en donde se hizo constar la simulación. Y otras piezas más”.

XV. Con la aceptación de algunos hechos, la negación de los restantes y oposición a las súplicas de la demanda anterior, respondieron las demandadas reconvenidas.

XVI. Adelantado en esas condiciones el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 2 de mayo de 1981, en la que se decidió lo siguiente:

“1º *Decláranse* no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, en las demandas de simulación absoluta y de nulidad absoluta de las escrituras números 1557 de julio 16 de 1965 y 2148 de octubre 30 de 1967.

“2º *Declárase simulado absolutamente* el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 1557 de julio 16 de 1965, Notaría Primera de Palmira, por haberlo declarado así las partes contratantes en documento privado autenticado, consecuentemente, el inmueble de que trata dicha escritura le pertenece a la sucesión de la vendedora simulada Romelia Lloreda viuda de Corral, representada en este momento por su heredero Luis Ignacio Corral Lloreda.

“3º *Declárase la nulidad absoluta* del contrato de mutuo con hipoteca contenido en la Escritura número 2148 de octubre 30 de 1967, Notaría Primera de Palmira, celebrado entre Romelia Corral de Rojas y Dora Edith Collazos.

“4º *Cancélese* la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos de Palmira, de la Escritura número 1557 de julio 16 de 1965, de la Escritura número 2148 de octubre 30 de 1967 y del auto de remate número 618 de diciembre 17 de 1976, emanado del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, protocolizado por Escritura Pública número 102 de enero 31 de 1977. Notaría Segunda de Palmira.

“5º *Niéganse* las declaraciones solicitadas por las demandantes en la demanda *ad excludendum*.

“6º La demandada Dora Edith Collazos no está obligada a responder ante nadie por los resultados de este proceso.

“7º *Condénase ‘in genere’* a la demandada Romelia Corral de Rojas, a pagar a la sucesión de Romelia Lloreda viuda de Corral, representada por su heredero Luis Ignacio Corral Lloreda, los *frutos civiles* que hubiere producido el inmueble objeto de este litigio desde el 15 de junio de 1968 hasta el 15 de octubre de 1976, los cuales se liquidarán conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

“Condénase a la misma Romelia Corral de Rojas a reintegrar a las hermanas Cornelia y Aura María Paz de Sossa la suma de \$ 145.000.00 producto del remate, más los intereses corrientes bancarios que fije la Superintendencia Bancaria desde el 15 de octubre de 1976, hasta que se efectúe el pago.

“8º *Condénase* a las hermanas Cornelia y Aura María Paz de Sossa, a restituir a la sucesión de Romelia Lloreda viuda de Corral, representada hasta el momento por Luis Ignacio Corral Lloreda, el siguiente inmueble compuesto de dos apartamentos, ubicados en la carrera 32 entre calles 30 y 31 de esta ciudad, números 30-53 y 3-63, alinderado así: Norte, con predio que es o fue de Celina García viuda de Molina; Sur, con predio del presbítero Buenaventura Durán, hoy de Ramón Jiménez; Oriente, la carrera 32, y Occidente, con predio que es o fue de Mercedes Aldana, inmediatamente quede ejecutoriada esta sentencia.

“*Parágrafo.* El apartamento distinguido con el número 30-57, que posee Luis Ignacio Corral Lloreda que está en medio de

los mencionados en este numeral, no fue debatido en este proceso y por lo mismo no es materia de esta restitución.

"9º *Condénase 'in genere'* a las mismas Paz a pagar a la misma sucesión, los frutos civiles que hubiere producido el inmueble desde que lo recibieron del Juzgado Cuarto Civil del Circuito, hasta que se efectúe la restitución.

"10. *Condénase* a la demandada Romelia Corral de Rojas a pagar las costas del proceso en la proporción de las 3/4 partes de su liquidación, en favor de la referida sucesión, representada en el momento por Luis Ignacio Corral Lloreda. Tásense (art. 392-2 C. de P. C.).

"11. *Condénase* a las demandantes Cornelia y Aura María Paz de Sossa, a pagar las costas del proceso en la cuarta (1/4) parte de su liquidación".

XVII. Apelada que fue la anterior decisión por Cornelia Paz Collazos y María Paz de Sossa, la segunda instancia terminó con fallo de 14 de abril de 1982, mediante el cual se hicieron los siguientes pronunciamientos:

"*Primero. Confírmase* el punto primero de la providencia apelada y consultada en lo que hace a la improsperidad de las excepciones propuestas por la demandada, en la demanda de simulación absoluta del acto jurídico contenido en la Escritura número 1557 de julio 6 de 1965 de la Notaría Primera del Círculo Notarial de Palmira. *Revócase* la decisión en lo que tiene que ver con las excepciones de 'Carencia de interés jurídico en la demandante' y 'Prescripción de la acción de nulidad relativa', propuestas por la demandada, contra la demanda de nulidad absoluta del acto jurídico de la hipoteca contenido en la Escritura número 2148 del 30 de octubre de 1967, por no haberse configurado dicha nulidad absoluta. Y en su lugar abstiéndose de considerar tales medios exceptivos.

"*Segundo. Confírmase* el segundo punto de la providencia, adicionándolo así: a) *Condénase* a la demandada Romelia Corral de Rojas a restituir a la sucesión de Romelia Lloreda viuda de Corral, representada por su heredero Luis Ignacio Corral Lloreda el bien inmueble urbano situado

en Palmira Departamento del Valle del Cauca, objeto del presente ordinario de simulación y relacionado en el hecho primero de la demanda, por cuanto no salió del patrimonio de la supuesta vendedora ni ingresó al de la aparente compradora, por voluntad expresada por las mismas 'contratantes' en acta privada o contratadura, autenticada en la fecha ya dicha y ante los mismos notario y testigos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"b) *Condénase* igualmente a la simulante compradora, la demandada Romelia Corral de Rojas a pagar a la sucesión de Romelia Lloreda viuda de Corral, representada por su legitimario Luis Ignacio Corral Lloreda los frutos civiles que hubiere podido producir el mismo fundo urbano, materia de la simulación, mediante una mediana diligencia de su propietario, desde la fecha en que constituyó el gravamen hipotecario sobre el mismo, o sea el día 30 de octubre de 1967, hasta que pasó a manos de las rematantes-adjudicatarias.

"c) El apartamento, señalado en su puerta de entrada con el número 30-57 de la carrera 32, dentro del área urbana de la ciudad de Palmira Departamento del Valle del Cauca, sobre paredes de ladrillo y cemento, techo de tejas de barro, con sus anexidades y servidumbre, activas y pasivas, comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, con casa y solar de Cornelia y Aura María Paz Collazos; Oriente, con la carrera 32, Sur y Occidente, también con propiedad de las mismas hermanas Paz Collazos, proseguirá en poder del demandante, Luis Ignacio Corral Lloreda, cuya posesión nadie le ha discutido en este proceso.

"*Tercero. Revócase* el punto tercero de la providencia y en su lugar *Absuélvese* a la acreedora hipotecaria Dora Edith Collazos de todos los cargos formulados contra ella en el proceso de 'nulidad absoluta de hipoteca', constituida por Escritura Pública número 2148 de octubre 30 de 1967 de la Notaría Primera del Círculo Notarial de Palmira, con lo cual se reconoce su calidad de buena fe exenta de toda culpa,

ante los efectos de la simulación declarada en esta instancia.

“Cuarto. *Confírmase* el cuarto punto de la providencia recurrida y consultada con la siguiente salvedad: a) *Revócase* el punto en lo que concierne a la cancelación de la orden de inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos de Palmira de la Escritura Pública número 2148 de octubre 30 de 1967 de la Notaría Primera del Círculo de Palmira, no sólo porque dicha inscripción en la actualidad se encuentra cancelada, sino porque fue denegada la declaratoria de nulidad de la aludida hipoteca;

“b) *Confírmase* la cancelación de la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos de Palmira del auto del remate número 618 de diciembre 7 de 1976 emanado del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira, protocolizado por Escritura Pública número 102 de enero 31 de 1977 de la Notaría Segunda de Palmira, con la aclaración, de que esta orden de cancelación obedece a lo dispuesto en el artículo 690 ordinal primero literal a) inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.

“Quinto. *Confírmase* este punto de la providencia recurrida y consultada, con la salvedad relativa a la pretensión cuarta de la demanda de intervención *ad excludendum*, porque impetra la denegatoria de la declaración de nulidad absoluta de la hipoteca; y sobre dicha pretensión ya hubo resolución en punto anterior, por lo mismo es innecesario volver sobre lo ya decidido.

“Sexto. *Confírmase* este punto.

“Séptimo. *Confírmase* la declaración contenida en este punto en cuanto a la primera parte del mismo, reformada en el sentido de que, los frutos civiles los pagará la demandada Romelia Corral de Rojas, desde el día 30 de octubre de 1967, fecha de constitución de la hipoteca, hasta el día 7 de diciembre de 1976, fecha de la entrega del bien rematado a las adjudicatarias, ratificada en el auto aprobatorio del remate. En lo que concierne a la segunda y última parte de este punto, ha de resolverse en el numeral siguiente (octavo); puesto que además de ser éste el numeral

de la providencia revisada que comprende esta declaración, en él es más obvia su pertinencia.

“Octavo. *Confírmase* este punto de la providencia con la siguiente modificación y adición, así: se prescinde del parágrafo en cuanto que fue materia de decisión en el punto primero de esta resolutive, y se adiciona de la siguiente manera: *Ordénase* a la demandada Romelia Corral de Rojas a reintegrar a las hermanas Cornelia y Aura Paz de Sossa la suma de ciento cuarenta y cinco mil pesos moneda corriente (\$ 145.000.00), más los intereses legales, desde el día 15 de octubre de 1976, hasta que se efectúe el pago.

“Noveno. *Confírmase* este punto al igual que los puntos *diez, once y doce*.

“Décimo. Las costas en esta instancia son a cargo del apelante vencido”.

XVIII. Las mismas Cornelia y Aura María Paz, inconformes con el fallo de segundo grado; interpusieron el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia impugnada y sus motivaciones

Una vez que el *ad quem* refiere los antecedentes del litigio, procede enseguida a hacer una reseña histórica de las cinco etapas a que ha dado lugar la jurisprudencia colombiana en torno a la simulación y, deteniéndose en la última, aborda temas como la clasificación de la simulación en absoluta y relativa, su diferencia con la nulidad, la concepción monista, etc.

A continuación el Tribunal, situado en el campo de los efectos de la simulación respecto de los terceros y una vez que transcribe numerosos tratadistas foráneos y nacionales, se ocupa de la posición doctrinal de la Corte y al efecto transcribe algunos pasajes del fallo de 23 de marzo de 1977, en cuanto que la prevalencia de la verdadera intención sobre lo declarado públicamente, sólo es aplicable cuando son las partes del negocio simulado quienes litigan, puesto que si el debate se trava con quien tiene la calidad de tercero y de tercero de buena fe, el tratamiento jurídico es diferente, como quiera que en este caso

la intención oculta de las partes no puede tener primacía sobre la declaración pública, cuando tal prevalencia causa daño a terceros.

Luego de insistir con más citas sobre el punto, añade el Tribunal que ya es procedente estudiar el "caso de la hipoteca, con la cual entran los terceros al círculo del proceso".

Ocupándose de lo que se acaba de enunciar, el *ad quem* hace las reflexiones siguientes:

a) "En efecto, bajo el imperio, de unánime consenso de la Escritura 1557, la propietaria Romelia Corral de Rojas, la comisionista Jorge Enrique Mora Escobar, cuyo testimonio se consignó al principio, obtuvo de la señorita Dora Edith Collazos un préstamo por \$ 40.000.00, mediante el pago de intereses, a razón del 2% mensual y la garantía hipotecaria sobre el inmueble adquirido según el instrumento público mencionado. Pudo exhibir la mutuaría su título correctamente registrado, complementado con el certificado registral de la suficiencia y perfectos antecedentes del dominio en cabeza de la garante.

"Ningún reproche pudo hacerle el *a quo* a la mutuante Dora Edith y hoy, después de todos los azares y contingencias de un largo y complicado proceso subsiste inalterable esa situación de irreprochabilidad de ética y diligencia de esta tecera, ciertamente con abono de buena fe exenta de la más venial culpa.

"Precisamente en relación a la sanción de nulidad que se invoca, para el contrato de hipoteca contenido en la Escritura Pública número 2148 de 30 de octubre de 1967 a que nos estamos refiriendo, acusando dicho acto como nulo de nulidad absoluta, funda su argumentación en el hecho de que en el *sub iudice* el gravamen hipotecario recae sobre un bien inmueble 'ajeno' lo cual contraviene la preceptiva legal de los artículos 2443 y 1523 del Código Civil".

b) Que si "el impugnante hace consistir su ataque en que el acto jurídico referido adolece de objeto ilícito por cuanto el bien inmueble sobre el cual recayó el gravamen hipotecario no es de propiedad del hipote-

cante; por lo cual se contraviene la preceptiva legal de los artículos 1523 y 2443 del Código Civil; pero esta argumentación se desvanece ante la evidencia de que el referido gravamen hipotecario fue constituido en el momento en que la inscripción del derecho de dominio aparece en cabeza de la hipotecante tal como está comprobado idóneamente en el acervo probatorio respectivo; por lo que tanto el otorgamiento de la escritura de hipoteca como la inscripción respectiva se efectuaron por quien legítimamente no está facultado para ello o sea el titular de derecho de dominio del bien objeto del gravamen.

"Empero, el impugnante de la validez del acto jurídico de la hipoteca, arguye que por virtud de la declaratoria judicial de simulación del acto jurídico de compraventa, celebrado entre la simulante vendedora Romelia Lloreda viuda de Corral y la simulante compradora Romelia Corral de Rojas, quien como se dijo gravó con hipoteca el mismo bien; esta última carecía de la facultad de gravar el bien materia de dicho acto jurídico mediante hipoteca porque no era dueña del mismo. Y en este punto es necesario destacar que el acreedor hipotecario y además mutuante en el contrato personal de préstamo de consumo o sea, Dora Edith Collazos, al hacer el estudio de la tradición del bien inmueble objeto del gravamen, sólo tenía a la mano el certificado de tradición en el que para el momento de la celebración del contrato de hipoteca, aparecía como única titular del derecho de dominio, la mutuaría deudora-hipotecante Romelia de Rojas, y en tal caso, esta última estaba legalmente facultada para gravar dicho bien y constituir el derecho real de hipoteca como en efecto lo constituyó. Ahora bien, si la referencia legal indicada no sólo era la que a la mano tenía el acreedor hipotecario sino también la que para este caso exige y otorga la ley, no se ve procedente en primer término ni la mala fe en cabeza de la mutuante y acreedora hipotecaria, sino que tampoco es posible declarar la nulidad de dicho acto jurídico, pretextando, que el bien hipotecado era bien ajeno; si es que además los efectos de la declaración judicial de simulación son inoponi-

bles a los terceros de buena fe, como evidentemente es el caso que hasta aquí se analiza.

Pero es que, no sólo es necesario rectificar la providencia recurrida en lo que se contrae al punto de la nulidad de la hipoteca, sino que también es de obligante pertinencia rectificar y consiguientemente revocar lo que toca con la declaratoria de nulidad del contrato de mutuo, porque además de ostensible desacierto es totalmente injurídica tal decisión: y no puede ser de otra manera, porque aquí se pone de relieve no sólo la improcedencia de esa declaración sino también la obvia trasgresión de la legalidad verdadera, en la medida en que se pretende extender los efectos de la simulación a un contrato de mutuo entre dos personas que solamente han constituido un vínculo obligacional independiente, que ninguna relación tiene ni se deriva de la simulación, ni tampoco puede tenerla toda vez que ambos actos provienen de sendos títulos bien diferentes.

“Al vencimiento del plazo, como la deudora no satisficiera ni los intereses ni el capital, la acreedora, por intermedio de apoderado, incoó el correspondiente proceso de ejecución singular que tuvo su normal desenvolvimiento, sin otro accidente que la oposición, a fuer de antiguo e independiente ocupante de un pequeño apartamento, compuesto de dos alcobas y una pequeña pieza, destinada a los servicios sanitarios, distinguido en su puerta de entrada con la placa número 30-57, oposición que fue admitida, sin la insistencia en el secuestro completo, por parte del ejecutante; aclarado que ese opositor fue el señor Luis Ignacio Corral Lloreda, sin alegar otro título que su antigua ocupación del pequeño apartamento, de muchos años atrás, sin pagar rentas a nadie, por ser parte integrante de la casa solariega de la familia Roldán-Lloreda”.

c) Transcrita la diligencia de remate y su auto aprobatorio, expresa el *ad quem* que para determinar la buena o mala fe con que actuaron las rematantes Cornelia y Aura María Paz, “se anota que de la copia de la diligencia de inspección judicial cumplida por el *a quo*, recaída sobre el expediente que contiene las diligencias del

proceso ejecutivo con título hipotecario en el cual es actora —mutuante— la acreedora hipotecaria Dora Edith Collazos y demandada la mutuaria, deudora —hipotecante—: Romelia Corral de Rojas; diligencia que obra a folios 9 fte. y vto. del cuaderno número 16, ha de destacarse lo siguiente:

“1º Que en el proceso hipotecario ya referido, obra la copia debidamente autenticada de la demanda ordinaria de simulación absoluta, instaurada por Luis Ignacio Corral Lloreda contra Romelia Corral de Rojas, y también, el respectivo libelo de respuesta, documento este último en el que, al responder el hecho quinto de la demanda el representante legal de la demandada, ya que ésta compareció a través de curador *ad litem* expresa lo siguiente: ‘La simulación a que se hace referencia se encuentra consignada en documento privado, debidamente autenticado ante notario público, por lo tanto es cierto’.

“2º Igualmente se deja constancia de la existencia dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario referido, del certificado de tradición fechado el día 16 de febrero de 1973 y distinguido con el número 1259 (y del cual se toma copia en reproducción mecánica por ambos lados debidamente autenticado), y que obra en el cuaderno número 16 (ver folios 17 fte. y vto.); en él aparece incorporado (en el cuerpo del mismo) la constancia del gravamen hipotecario que proviene de la Escritura Pública número 2148 del 30 de octubre de 1967 de la Notaría Primera de Palmira. En el reverso de la referida reproducción mecánica (17 vto.) se observa un ‘otro sí’: en el cual el mismo registrador de Instrumentos Públicos y Privados hace constar que con fecha 17 de octubre de 1972 se registró en el libro de documentos privados al folio 114, partida 47, la constancia suscrita por Romelia de Corral y Romelia de Rojas en la cual se expresa la venta que le hizo la primera a la segunda del predio a que se refiere el mismo certificado que consta en la Escritura Pública 1557 del punto primero, cuyo precio no ha sido pagado por la presunta compradora a la presunta vendedora por ser esa escritura una escritura de simulación,

“3º De la misma manera se hace constar en la aludida diligencia de inspección judicial que en el cuaderno número 4 bis a folios 9 a 11 vto. del ejecutivo aparece el libelo de solicitud de exclusión del aviso de remate del inmueble respectivo junto con la solicitud de la invalidez de los avalúos de los bienes de la subasta.

“4º Se hace constar en la mencionada diligencia, que en el cuaderno cuatro del proceso hipotecario a folios 4 a 8 aparece copia autenticada expedida por la Secretaría del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira, de la demanda de simulación propuesta por Luis Ignacio Corral Lloreda contra Romelia Corral de Rojas, que fue acompañada con la solicitud de invalidez mencionada; de este último documento fue ordenada la respectiva fotocopia y ésta está incorporada en el cuaderno 16 del ordinario de simulación.

“Se deja constancia así mismo de la ampliación y adición del certificado de tradición aportado inicialmente a la demanda hipotecaria; copia en reproducción mecánica obra en el cuaderno número 16 del presente ordinario de simulación y allí se observa (ver folio 6 vto.) que en el acápite correspondiente a gravámenes en el punto b) se dice: ‘La demanda, comunicada por oficio número 373 de 27 de septiembre de 1973 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira, dictado dentro del proceso ordinario propuesto por Luis Ignacio Corral Lloreda contra la señora Romelia Corral de Rojas, demanda que grava el mismo inmueble a que se refiere el certificado que se adiciona, registrada el 2 de octubre de 1973, en el Libro de Demandas, folio 11, partida 06, que en la actualidad se encuentra vigente’ este certificado lleva fecha de expedición el día 4 de octubre de 1973”.

d) Que tal “como se ha expresado, dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario hubo de llevarse a cabo el remate que subastó el bien inmueble, a su vez objeto material del presente proceso ordinario de simulación al que se acumuló el de nulidad de hipoteca; por tal motivo cabe destacar que al reglamentar las medidas cautelares y sus efectos en el proce-

so ordinario el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil señala que ‘si la sentencia fuere favorable al demandante’ en que se produjo la inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro, ‘en ella ordenará el juez que se cancelen los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones de dominio efectuadas después de la inscripción de la demanda’; y como es este el caso que ha acontecido en el *sub judice*, es indispensable, ordenar la cancelación del registro respectivo a que dio lugar la inscripción de la diligencia de remate y su auto aprobatorio.

“Por otra parte, es necesario también señalar que ante las referencias múltiples en el informativo tales como la inscripción de la demanda en el ordinario de simulación, gravamen del que se da cuenta en el certificado de tradición aportado al hipotecario; al igual que la certificación de la inscripción del documento privado que contiene la contradecларación de la escritura de simulación del acto jurídico de compraventa, y en general los otros documentos que delatan de manera notoria y suficiente las vicisitudes y vicios que afectan el título originario del bien rematado en el ejecutivo tantas veces citado, o sea el mismo que es objeto del presente ordinario.

“Ante estas evidencias y referencias legales no es posible válidamente sustraerse impunemente, por quien es o tiene la calidad de rematante adjudicatario, en el proceso en que se haya de subastar el bien cuestionado, toda vez que si el certificado de tradición entre otras tiene la muy importante virtualidad de servir de medio de publicidad; en el *sub judice* a través del mismo certificado en el que se resume toda la historia jurídica del bien trabado en la ejecución, es bien fácil concluir que el título del cual proviene dicho bien adolece de irregularidades y vicios que afectan la calidad de buena fe exenta de culpa del rematante -adjudicatario. Pues si la buena fe como la define el artículo 768 del Código Civil colombiano, es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio; complementando dicha

definición con el ejemplo de que en los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. El concepto de buena fe encierra, de un lado el convencimiento de que la cosa se adquiere de quien podía enajenarla, esto es, de su dueño o de quien es mandatario o representante de éste, y de otro lado supone que en la celebración del acto o contrato se ha obrado con honestidad y sin emplear medios fraudulentos o torcidos. Por lo tanto, si al adquirir se sabe que el enajenante no es dueño de la cosa, habrá mala fe, y si, no obstante adquirirse de quien es dueño, para la celebración del acto o contrato, o mejor para obtener el consentimiento del enajenante se apela a maniobras engañosas o la fuerza también habrá mala fe”.

e) Que de acuerdo con la doctrina de la Corte no basta la simple creencia de haber obrado de buena fe, sino la presencia de hechos que así lo indiquen. En el caso subanálisis, “aparece de bulto la presencia de hechos y antecedentes jurídicos que hacen notar ostensiblemente la presencia de vicios en el título o causa jurídica de la cual proviene el bien de la subasta. Por otra parte, el precepto legal del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil en su inciso A, del ordinal 1º ordena la cancelación de la inscripción referente a enajenaciones o limitaciones del dominio que se hubieren efectuado en fechas posteriores a la inscripción de la demanda ordinaria donde se cuestiona la legitimidad del derecho sobre el cual recae el bien; lo que presupone que si esta eventualidad sucede con un bien inmueble trabado en ejecución el adjudicatario asume el riesgo de perder el bien que ha adquirido en la subasta si es que dicho bien es también objeto material del debate ordinario cuya demanda aparece inscrita con antelación a la inscripción del remate y del auto aprobatorio de éste, en caso de que el demandante salga avante en su pretensión. Es esto lo que precisamente ha de ocurrir en la presente contienda ordinaria de simulación; toda vez que ante la evidencia de

tal simulación absoluta alegada como pretensión principal es necesario proceder a su declaración judicial.

“Entonces, todo este acervo integra un conjunto ciertamente idóneo que tiene el carácter de prueba eficiente y capaz por supuesto de desvirtuar la presunción legal de buena fe de las rematantes —adjudicatarias— intervinientes *ad excludendum*, señoras Cornelia Paz Collazos y Aura María Paz de Sossa dándoles evidentemente la calidad de adquirentes y poseedoras de mala fe respecto del bien materia de la subasta aludida y objeto del presente ordinario acumulado. En tal caso habrá de sujetarse dicha conducta jurídica, bajo la mencionada calidad al capítulo de las prestaciones mutuas del Código Civil”.

A continuación el *ad quem* recapitula lo expuesto y saca las conclusiones siguientes: a) Proceden las súplicas de la demanda de simulación; b) No proceden las súplicas de nulidad de la hipoteca; c) No proceden las peticiones de la demanda de intervención *ad excludendum*; d) Proceden las súplicas de la demanda de reconvencción, menos las que tienen que ver con la hipoteca; e) Sobre la demanda del interviniente litisconsorcial, los efectos de la sentencia no lo afectan.

Por último, se ocupa el Tribunal de las prestaciones mutuas y para tal efecto califica a los litigantes así: a) A Romelia Corral de Rojas, como poseedora de mala fe, a partir del 30 de octubre de 1967; b) A Dora Edith Collazos, como poseedora de buena fe; c) A Cornelia y Aura María Paz, como poseedoras de mala fe desde el 7 de diciembre de 1976, fecha en que recibieron el bien por ellas rematado.

La impugnación

Contra la sentencia del Tribunal, tres cargos, por la causal primera, formulan las recurrentes, los que serán estudiados conjuntamente por su conexidad.

Cargo primero

Acusa la sentencia de quebranto directo de los artículos 690, literal a), numeral 1, del Código de Procedimiento Civil y 768

del Código Civil, por interpretación errónea; 690, inciso 2º del literal a) del numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, 961 y 964, incisos 1º y 2º del Código Civil, por aplicación indebida; 769, 964 inciso 3, 1766, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2443, 2448, 2020, 2422, 2423, 2427, 2452, 2453, 2456 del Código Civil, 28 de la Ley 95 de 1890, 554 a 560 y 527 a 530 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación.

Luego de transcribir el censor algunos pasajes del fallo del *ad quem* en donde alude a la conducta con que actuaron las rematantes, procede a referir que por mandato del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, el registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio, pero quien los adquiriera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto por el artículo 332, o sea, resulta evidente que es lícito adquirirlos aun cuando subsista sobre ellos una medida de tal naturaleza que únicamente demuestra la existencia de un proceso no resuelto.

En consecuencia, añade la censura, siendo lícita la negociación que se efectúe sobre bienes en esas circunstancias, no puede dársele al artículo 690 del Código de Procedimiento Civil el alcance "que pretende darle el Tribunal cuando menciona que por razón de que las rematantes adjudicatarias, conocieron de antemano la existencia del proceso ordinario de simulación mediante la publicidad efectuada por el registro de la demanda, obraron de mala fe; en efecto, el artículo 690 simplemente señala la consecuencia jurídica de atenerse a las resultas del pleito, pero nunca el calificativo de adquirentes de mala fe a quienes actúen en esas condiciones".

Continúan las recurrentes sosteniendo que si la ley permite la transferencia de los bienes sujetos al registro de la demanda, será lícita esa negociación y no puede pesar sobre ella el calificativo de la mala fe que le ha dado el *ad quem* a las rematantes. Con semejante interpretación, igualmente desacertó en el alcance del artículo 768 del Código Civil.

Luego afirma la censura que cierto es que las rematantes quedaron sometidas a las resultas del proceso, pero obviamente a lo que se declarara sobre la validez o nulidad del título ejecutivo o hipoteca y no a lo que se resolviera sobre la simulación de la compraventa. Por tal virtud, sorprende que el Tribunal hubiese declarado válida la hipoteca y nulo el remate efectuado con base en ella, porque si aquella es válida también lo es la subasta y, si es nula la hipoteca igualmente es nulo el remate.

Insisten las recurrentes en que el Tribunal desacertó en la interpretación de los artículos 690 del Código de Procedimiento Civil y 768 del Código Civil, lo que originó el quebranto del artículo 769 del Código Civil, por falta de aplicación.

Enseguida afirman las impugnantes que el *ad quem* igualmente infringió el artículo 1766 del Código Civil, por inaplicación, puesto que esta norma señala que las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá efectos contra terceros, principio este que reproduce el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, que transcribe, reitera que el Tribunal quebrantó las normas señaladas en el cargo y por el concepto allí indicado.

Cargo segundo

Mediante este denuncian quebranto indirecto de las mismas normas indicadas en el cargo anterior, a consecuencia de yerros de valoración cometidos por el *ad quem* en la estimación de las pruebas.

En el desenvolvimiento del cargo las recurrentes señalan como pruebas indebidamente apreciadas, las siguientes:

a) La diligencia de remate;

b) La diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito al expediente que contiene el proceso de ejecución con título hipotecario de Dora Edith Collazos contra Romelia Corral de Rojas, junto con los documentos

que en copias auténticas se adjuntaron a la diligencia;

c) Copia de la Escritura Pública número 1557 de 16 de junio de 1965 de la Notaría Primera de Palmira;

d) Copia de la demanda del proceso ordinario que existe en el proceso de ejecución y su registro;

e) El documento privado de simulación, debidamente registrado;

f) Certificado del registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira.

A continuación sostiene la censura que el Tribunal, para negar las súplicas de la demanda *ad excludendum*, se apoyó en la existencia de un proceso ejecutivo con título hipotecario y que culminó con la aprobación del remate; en una copia de la demanda de simulación presentada por Luis Ignacio Corral Lloreda; en la existencia de un certificado de tradición en el que consta el registro del documento privado de simulación. Agrega que del análisis de dicha prueba junto con las demás indicadas en el encabezamiento del cargo, el sentenciador de segundo grado llegó a la conclusión de que las adquirentes rematantes eran poseedoras de mala fe. En consecuencia el *ad quem* quebrantó los artículos 267, 264 y 279 del Código de Procedimiento Civil al darle valor probatorio a una contraescritura o documento privado auténtico, "que por tanto tiene el mismo valor que el documento público, contra terceros que únicamente procedieron de conformidad con el artículo 690 literal a) numeral 1º del Código de Procedimiento Civil y, en todo caso, desconociendo de esta forma el valor probatorio limitado que expresamente le señala a las contraescrituras, bien sean documentos privados auténticos o no, que opera sólo entre las partes pero jamás contra terceros... En efecto, por una parte el sentenciador de segunda instancia violó los artículos 267 del Código de Procedimiento Civil y 1766 del Código Civil, al darle al documento privado auténtico o no un alcance probatorio diferente al expresamente señalado por la ley, el cual no es otro que las contraescrituras producen efectos frente a las partes pero no a

los terceros, pues el Tribunal le dio efectos sustanciales y probatorios frente a terceros de buena fe; y por otra parte, el Tribunal incurrió en evidente yerro de derecho en la apreciación probatoria que hizo del certificado de tradición en que consta el registro de la demanda verificado el 2 de octubre de 1973, el registro del documento de simulación efectuado el 17 de octubre de 1972, así como el registro de la diligencia de remate junto con su auto aprobatorio, y a la copia del oficio de registro de la demanda".

A continuación señala la censura, con apoyo en el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, que el registro de una demanda ordinaria no tiene la facultad de poner los bienes fuera del comercio, sino la de señalarle a los adquirentes posteriores que deben someterse a las resultas del proceso; por otra parte, dicho registro simplemente prueba que las personas interesadas "se encuentran plenamente conocedoras de que sobre el inmueble pesa esa limitación, pero también se pueden efectuar negociaciones de cualquier índole, incluyendo hipotecas, con sujeción estricta a los resultados del proceso... y es importante subrayar, que el registro de la demanda en el presente caso apenas sometió a la acreedora hipotecaria y a las rematantes en el proceso ejecutivo hipotecario, a las resultas del proceso ordinario donde se produjo dicho registro de demanda, en cuanto a las pretensiones de nulidad de la hipoteca, pero no a la simulación de la venta".

Finalmente las recurrentes afirman que el sentenciador de segundo grado cometió dos yerros graves de apreciación probatoria, los que sintetiza así: "a) El primero de ellos, al violar los artículos 267 del Código de Procedimiento Civil y 1766 del Código Civil, según los cuales las escrituras privadas, sean o no auténticas, no pueden producir efectos contra terceros;

"b) El segundo de ellos al violar los artículos 258, 264, 279 y 690 del Código de Procedimiento Civil, al concluir que el registro de la demanda así como el documento simulatorio, implican necesariamente el conocimiento de los vicios y vicisitudes que afecta al título originario, de propie-

dad del hipotecante y que eso es prueba de mala fe tanto del acreedor hipotecario como del rematante en el proceso que aquel adelante para el cobro de la hipoteca, alcance éste de tales normas que no es el correcto pues únicamente ponen de presente que, por una parte, el título originario *puede* tener vicios (subrayamos) pero nunca que *los tiene*, y en segundo lugar, su alcance verdadero es advertir a los demás terceros que sobre el inmueble pesa un litigio a cuyo resultado deberán sujetarse las partes que adquieran con posterioridad al registro de la demanda del inmueble sobre el cual pesa tal medida cautelar, y en el caso presente que la hipoteca constituida podía ser declarada nula si hubiese quedado viciada (lo cual no ocurrió)".

Cargo tercero

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 690 inciso 2º letra a) del numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, 961, 964 incisos 1 y 2 del Código Civil, por aplicación indebida; 964 inciso 3º, 769, 768, 1766, 2432, 2434, 2435, 2443, 2448, 2422, 2423, 2449, 2450, 2452, 2453, 2454, 2456, 2457 del Código Civil; 690 letra a) del numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Señala la censura como elementos de convicción desacertadamente estimados, los siguientes: a) la diligencia de remate efectuada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira en el proceso ejecutivo con título hipotecario que se adelantó contra Romelia Corral de Rojas; b) diligencia de inspección judicial realizada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira sobre el expediente contentivo del proceso ejecutivo con título hipotecario de Dora Edith Collazos contra Romelia Corral de Rojas, junto con los documentos que en copias auténticas se adjuntaron a la diligencia de inspección; c) copia de la Escritura Pública número 1557 de 16 de julio de 1965 de la Notaría Primera del Circuito de Palmira; d) documento de simulación, debidamente registrado; e) certificado expedido por el registrador de Pal-

mira, en donde consta la inscripción del remate; f) demanda introductoria al presente proceso; y, g) constancia del secretario de haberse librado y retirado el oficio número 373 de 27 de septiembre de 1973.

A continuación expresan las recurrentes que el Tribunal, con el fin de determinar la buena o mala fe de las adjudicatarias en la diligencia de remate, dijo, con apoyo en la diligencia de inspección judicial practicada sobre el expediente contentivo del proceso de ejecución, lo siguiente: a) que en el referido proceso obra copia autenticada de la demanda ordinaria de simulación absoluta instaurada por Luis Ignacio Corral Lloreda, junto con la contestación a la demanda; b) existencia en el proceso ejecutivo de un certificado de tradición de fecha 16 de febrero de 1973, en el que consta la existencia del gravamen hipotecario, del registro del documento contentivo de la simulación efectuada entre Romelia Lloreda de Corral y Romelia Corral de Rojas, documento registrado el 17 de octubre de 1972; c) existencia en el mencionado proceso ejecutivo de un certificado expedido por la oficina de registro el 4 de octubre de 1973, adicionado el 4 de enero de 1974, por medio del cual se puede constatar que el 2 de octubre de 1973 se registró la demanda ordinaria de simulación de Luis Ignacio Corral Lloreda contra Romelia Corral de Rojas, comunicada mediante oficio número 373 de 27 de septiembre de 1973.

Añade la censura que de las anteriores pruebas concluye el sentenciador que las rematantes adjudicatarias conocieron de antemano el vicio del título y, por lo tanto, les dedujo su mala fe.

Más adelante y una vez que destaca algunos pasajes del fallo del Tribunal, manifiestan las recurrentes que el Tribunal expresó en la apreciación de las pruebas "que mediante el conocimiento de la existencia de un proceso de simulación y del documento auténtico en el cual consta tal simulación, debe desprenderse que no existe la conciencia por parte de las adquirentes de haber adquirido el dominio sin vicio alguno. Notorio error por cuanto el registro de tales documentos (demanda y documento simulatorio) únicamente tiene la fa-

cultad de poner de presente frente a terceros que el bien se encuentra sujeto a un pleito que puede no prosperar a favor de la parte demandante, mas nunca tiene la virtualidad de demostrar la existencia de vicio alguno en la adquisición del dominio frente a terceros. Es una nueva expectativa, y el documento privado puede ser colusivo o fraudulento”.

Insistiendo las impugnantes en el yerro de hecho que le achacan al *ad quem*, agregan que si el Tribunal se hubiese dado cuenta que la demanda introductoria del proceso ejecutivo fue corregida posteriormente, habría concluido que las recurrentes no conocían de la verdadera petición del demandante. Por consiguiente es evidente que el remate que efectuó el juez y no quien figuraba como titular del derecho real principal, con posterioridad al registro de la demanda, no implica una conducta que pueda calificarse como de mala fe. Por demás las adquirentes adjudicatarias en la diligencia de remate sólo se enteraron del registro de la demanda, mas no de la corrección de la misma que se llevó a efecto el 17 de junio de 1975.

Culmina la censura insistiendo en que no aparece demostrada la mala fe de las adquirentes rematantes, circunstancias que pone de presente el yerro de facto en que incurrió el sentenciador de segundo grado.

Se considera

1. *Dentro de un criterio general, la simulación viene a ser el concierto o la inteligencia de dos o más personas, autoras de un acto jurídico, para darle a este las apariencias que no tiene, ya porque no existe, ora porque resulta ser distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo. Por consiguiente, cuando las partes no quieren en realidad ningún negocio, la simulación se denomina absoluta y cuando lo encubren en forma distinta de como verdaderamente es, se califica de relativa. Y ha sido la doctrina la que ha elaborado estas dos especies de simulación, la cual empieza a abrirse paso en la legislación positiva, como ocurre en el estado de México, en donde el artículo 2180 del Código*

Civil expresa que “la simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”.

2. *Siguiendo el criterio del derecho romano, se tiene que la simulación, en la mayoría de los países, entre ellos Colombia, recoge el principio consistente en que la voluntad real debe prevalecer sobre la falsa apariencia, pues tiene soporte legal en el artículo 1618 del Código Civil al sentar la regla de que “conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Por tanto, tratése de simulación absoluta o relativa, el efecto interpartes es el de hacer prevalecer la intención real sobre la declaración fingida o irreal.*

3. *Empero, con relación a terceros que desconocen la farsa de los simulantes y por tanto contratan con fundamento en la declaración pública u ostensible, la simulación les es inoponible, como quiera que así lo confirma el artículo 1766 del Código Civil al establecer diáfananamente que las “escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en la escritura pública, no producirán efectos contra terceros”.*

Ahora bien, a pesar de que el precepto citado simplemente alude a “terceros”, sin distinguir entre los que están de buena fe y los que no lo están, lo cierto es que se refiere a los primeros, pues es apenas obvio y justo que se les proteja su conducta honesta, porque en su defecto resultarían ser la víctima inocente del fraude de los simulantes.

El anterior ha sido el criterio sobre el cual se ha movido la doctrina de los tratadistas y la jurisprudencia de la Corte.

En efecto, afirma Héctor Cámara que “cuando a un extraño que contrata haciendo confianza en el acto aparente, se pretende oponer el contradocumento modificando el derecho de su autor, y, por consiguiente, el suyo, es justo que tenga alguna protección para no resultar víctima inocente del fraude: le debe ser permitido

rechazar el acto secreto y estar a las enunciaciones del negocio figurado, el cual solamente ha conocido y sobre cuya fe ha obrado. Sostener lo contrario sería permitir que el dolo predominase sobre la buena fe”.

Por su parte la jurisprudencia de la Corporación de manera reiterada y uniforme tiene declarado:

“Cuando el artículo 1766 del Código Civil ordena que las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efectos contra terceros, comprende todas las convenciones simuladoras, así sean absolutas o relativas y la norma, lejos de modificar, confirma la seguridad jurídica en que se apoya el movimiento de las transacciones, del propio modo que el efecto relativo de los contratos para las partes que se obligan, sin perjuicio de que por obra de su voluntad puedan crear situaciones valederas erga omnes al amparo de la buena fe.

“Porque la convención simuladora de un negocio jurídico cuando ninguno ha querido celebrarse o cuando se tiene en mira otro contrato, liga a las partes o a sus causahabientes, pero nunca en daño de terceros cuya buena fe se atuvo al contrato público, precisamente por ignorar el acuerdo oculto de los simuladores para suprimir entre sí los efectos de la convención o para darle un significado diferente.

“Entonces, si se trata de compraventa de inmuebles que cumplió las solemnidades legales para su validez, fue inscrita en el registro, y por ello un tercero que no tuvo noticia de la simulación del negocio, compró a su turno a quien aparecía como adquirente legítimo el mismo inmueble, la tacha de simulación del título de su autor no le es oponible” (Cas. civ. de 14 de enero de 1966).

“La dualidad de expresiones y, más concretamente, la realidad recóndita, no es oponible a terceros de buena fe, esto es, a quienes no conocieron la intimidad de la actuación de las partes, pudiendo, por ello, atenerse a la apariencia que los indujo a creer erradamente en la veracidad de ésta.

“Tales terceros, en cuanto hayan derivado, con buena fe, derechos del titular aparente, no están expuestos a acciones eficaces intentadas por el disponente, a una por él y su cómplice o, por éste solo” (Cas. civ. de 16 de mayo de 1968).

4. *Por el contrario, cuando el tercero no se encuentra ubicado dentro de la buena fe, como sucede cuando al adquirir su derecho tiene conocimiento de que lo deriva de uno de los simulantes, la ley no puede protegerle esa conducta, puesto que su proceder resulta tan vicioso como el de los que participaron en la simulación. Con justificada razón se ha dicho que “el tercero de mala fe, al conocer el vicio lo hace propio, lo asume y demuestra con el hecho del querer, que su derecho está sujeto a las mismas eventualidades que el del causante; en una palabra, lo adquiere a todo riesgo y peligro; la tutela legal le es inútil, ya que quien construyó sobre la nada no puede solicitar protección”. (Héctor Cámara. Simulaciones en los Actos Jurídicos).*

5. *De conformidad con las disposiciones legales que se ocupan de la buena y mala fe en materia posesoria y de negocios jurídicos, se sienta el criterio de que la primera “es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”. Es, como lo tiene declarado la doctrina de la Corte, un aspecto puramente ético e interno sobre el cual descansa la institución jurídica de la buena fe y, por tal virtud, aparece como obvio y explicable que se presume el sentido de honestidad con que comúnmente actúan las personas, pues, al efecto dispone el artículo 769 del Código Civil, que “la buena fe se presume excepto en los casos que la ley establece la presunción contraria”.*

Empero, la suposición de la buena fe, como conducta generalizada en los negocios jurídicos constituye una presunción que no es de la especie juris et de jure, sino meramente legal, por cuanto admite comprobar la conducta contraria, esto es, que la actuación no estuvo revestida de la moral, honestidad o convicción sincera con que la ley piensa y presume que actúan las

personas. Y no se ofrece la bona fides cuando el adquirente, por cualquier medio, con antelación a la adquisición de su derecho, se entera de que el título del anteceesor es fraudulento, vicioso, falso, simulado, etc. Porque quien actúe en esas condiciones no puede alegar haber adquirido su derecho con la plena convicción, con la conciencia sincera de que lo deriva de su verdadero dueño y purificado de vicios, como el fraude o la simulación.

6. Sobre el punto de la buena fe y mala fe que se viene realizando, conviene observar que en principio importa una cuestión de hecho, que por su misma naturaleza se coloca bajo la ponderación discrecional del sentenciador, cuya calificación al respecto no es susceptible de modificarse en casación, salvo que se compruebe un manifiesto error de hecho o uno de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que le sirvieron de base al fallador de instancia para determinar la clase de fe con que actuó el litigante.

Con todo, excepcionalmente, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, algunos casos devienen en una cuestión jurídica, como ocurre cuando la calificación de la buena o mala fe no es el resultado de una operación dialéctica del Tribunal, sino su acatamiento de norma legal que califica previamente como poseedor de buena o mala fe a determinada persona por encontrarse dentro de la situación que la misma disposición legal contempla, como ocurre en los eventos previstos en los artículos 9º, 768, 1509, 1932 del Código Civil (Cas. civ. de 4 de julio de 1968, aún no publicada; 4 de julio de 1971, CXXXIV, 62 y 12 de diciembre de 1979, aún no publicada).

7. Hechas las anteriores reflexiones, se tiene, que si se inscribe una demanda ordinaria en la oficina de registro correspondiente y con posterioridad a la realización de tal medida se negocia el bien, quien lo adquiere en tales circunstancias corre con el albur de que los efectos lo beneficien o lo perjudiquen, pues el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil establece que el "registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien

los adquiera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332".

Ciertamente el precepto antes mencionado no impide la enajenación o constitución de gravámenes sobre inmuebles respecto de los cuales se ha inscrito una demanda, como en sentido contrario establecía la legislación anterior que había propiciado que tal medida se hubiese convertido en el medio expedito para presionar o perjudicar al demandado. Precisamente, para erradicar esta perniciosa conducta, se estableció la permisibilidad legal para enajenar los bienes, a pesar de subsistir sobre ellos la mencionada medida cautelar. Pero eso sí, ateniéndose el adquirente a las resultas del litigio, sin que a la postre pueda alegar que no tuvo conocimiento de dicha traba porque no lo enteró de ella el enajenante o no investigó en las oficinas de registro sobre la historia del bien negociado.

8. En el presente caso, la prueba incorporada al litigio pone de manifiesto lo siguiente:

a) Que en el proceso ejecutivo con título hipotecario iniciado por Dora Edith Collazos contra Romelia Corral de Rojas mediante demanda que por repartimiento le correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira, el 15 de octubre de 1976 se verificó el remate del bien inmueble perseguido y, declarada abierta la licitación, hicieron varias posturas, siendo la más elevada la que formularon Cornelia Paz Collazos y Aura María Paz de Sossa, a quienes se les adjudicó el bien, habiéndose aprobado el remate por auto de 7 de diciembre de 1976;

b) Se estableció en este proceso ordinario que dentro del ejecutivo con título hipotecario aparece un certificado expedido por el registrador el 16 de febrero de 1973, en donde se pone de presente no sólo la existencia del gravamen hipotecario constituido por Escritura Pública número 2148 de 30 de octubre de 1967 de la Notaría Primera del Círculo de Palmira, sino además la inscripción de fecha 17 de octubre de 1972 referente al documento privado mediante el cual Romelia viuda de

Corral y Romelia Corral de Rojas "hacen constar que la mencionada venta de que trata la Escritura Pública número 1557 de 16 de julio de 1965 de la Notaría Primera de Palmira, es una escritura de simulación. Que los testigos que firmaron dicha escritura y que también son testigos de este documento y enterados de este negocio y firman con los contratantes el presente documento";

También aparece exteriorizando la prueba documental pertinente que el 2 de octubre de 1973 se inscribió la demanda de simulación, demanda comunicada al registrador por oficio número 373 de 27 de septiembre del año antes citado;

c) Que la rematante Cornelia Paz Collazos, al ser interrogada en este proceso si era cierto que ella tenía conocimiento de la existencia de un litigio sobre el predio rematado y por tal virtud "si podía meterse en ese negocio", respondió "sí yo le consulté a él... y me dijo que eso tenía un pleito pero yo me atuve a mi abogado que es mi consejero...".

9. Entonces, si como aquí ocurre, las adquirentes se enteraron del registro de la demanda de simulación por variados medios de convicción y, a pesar de ello resolvieron adquirir el bien raíz, no pueden

luego escudarse para defender su derecho en la *bona fides*, porque la presunción legal que las amparaba quedó suficientemente desvirtuada.

Por tanto, no pudo el sentenciador *ad quem* quebrantar las normas sustanciales indicadas en los cargos.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 14 de abril de 1982, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

ERROR COMUN CREADOR DE DERECHOS

Requisitos para dar aplicación a esta fuente de derechos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., agosto tres de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura).

Se entra a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 19 de agosto de 1981, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso de *Rosa Bedoya de Ríos*, en su condición de cónyuge sobreviviente de *Julio Angel Custodio Ríos Llano*, contra "*Urrea y Aristizábal Limitada - Confecciones Eva*".

Antecedentes

Un tal *Guillermo Arias Castro* falsificó, calcándola, la firma de *Ríos* y así elaboró un supuesto poder de éste en favor de aquel. Por ese hecho fue condenado a cinco años de cárcel.

El poder en referencia fue autenticado por el Notario Noveno de Medellín. Desde luego la atestación notarial es falsa. Pero, lo que es más grave, es falsa también la fecha en la cual se dijo haber autenticado, el 15 de agosto de 1974, toda vez que el respectivo papel sellado salió a la venta tiempo después, del 14 de septiembre de ese año (cfr. sentencia penal, cuaderno de pruebas de la actora, fl. 25).

Con el poder cuya firma era falsa y con la nota de autenticación también falsa, el falsario vendió por Escritura Pública número 1473 de 9 de septiembre de 1975, es decir, más de un año después de falsificado el poder, un inmueble de propiedad de *Ríos*, ubicado en Medellín en la calle

25 número 53-30/38, a la sociedad demandada.

En la escritura de venta se dijo protocolizar una fotocopia del poder pero es lo cierto que en las diferentes copias de ese instrumento que obra en autos no aparece la tal fotocopia.

El precio de la venta fue de \$ 700.000.00 pagaderos así: \$ 300.000.00 al firmar la escritura; \$ 75.000.00 representados en una letra con vencimiento a un año; \$ 75.000.00 en otra letra con vencimiento a dos años; y \$ 250.000.00 mediante la dación en pago de un automóvil marca Dodge, modelo 1967, que no se identificó, el cual debería ser entregado simultáneamente con el inmueble. La verdad es que un automóvil, que podía ser el del contrato, se entregó al supuesto apoderado pese a que el inmueble vendido no lo había sido.

Se estipuló que la entrega del inmueble se haría en la misma fecha de la escritura pero ello no ocurrió así.

Sin que exista una razón que lo explique, el falso apoderado renunció expresamente "a la condición resolutoria que se deriva de la forma de pago". ¿Tan insólita manifestación se hizo a solicitud de la compradora? ¿Fue un ofrecimiento espontáneo del falso apoderado? Se ignora.

Ríos se enteró de que su finca había sido vendida e inmeditamente procedió a formular denuncia criminal. Igualmente, el 3 de octubre de 1975 demandó a la sociedad compradora deprecando acción de nulidad, rescisión, simulación. (sobre la fecha de la demanda véase folio 3 cuaderno 2). Ese proceso culminó con sentencia del Tribunal de Medellín de 21 de abril de 1977, por la cual esa superioridad se de

claró inhibida para fallar por falta de demanda en forma.

A su turno la sociedad compradora demandó a Ríos, el supuesto vendedor, para que hiciera la entrega material. No es posible determinar la fecha de iniciación de ese proceso. Lo cierto es que debió tramitarse simultáneamente con el primero de nulidad de Ríos contra la compradora. Sin embargo se adelantó sin la audiencia de Ríos a quien hubo que emplazar. Es por lo menos curioso que mientras el proceso de Ríos contra la sociedad se adelantaba con las partes enfrentadas, en otro Juzgado del Circuito de la misma ciudad el de ésta contra aquel tenga que surtirse con curador. De otra parte, los falladores del proceso de entrega aseveran que la sociedad compradora "cumplió con exceso" sus obligaciones. Pero en parte alguna de esos procesos, ni de este, se afirma siquiera que la sociedad compradora haya descargado las letras que se dice se giraron, ni menos que se haya pagado un sólo mes de intereses. El proceso de entrega concluyó con sentencia del Tribunal de Medellín, de 20 de enero de 1978, por la cual, en vía de consulta, confirmó la del *a quo* que había despachado favorablemente las pretensiones de la demanda.

Mientras todo esto ocurría, el 28 de marzo de 1976 fue capturado el falsario; "...ese día le fue decomisado el automóvil Dodge Coronet mencionado en el contrato, lo que quiere decir que ya le había sido entregado materialmente por la sociedad compradora quedando entonces pendiente del precio la cancelación de las dos letras por \$ 150.000.00..." (sentencia del Juzgado Décimo Superior de diciembre 9 de 1978, fl. 22, cuad. 2).

El Juzgado Décimo Superior de Medellín condenó a Arias, el falsario, a cinco años. Por sentencia de marzo 30 de 1979 la Sala Penal del Tribunal de la misma ciudad confirmó la sanción, la cual está en firme. Véanse textos en el cuaderno número 2.

El 25 de febrero de 1978 falleció Julio Ángel Custodio Ríos, el supuesto vendedor (véase partida de fl. 8, cuad. 1).

El 20 de junio de 1980 la viuda de Ríos formuló la demanda que dio lugar al

presente proceso, en la cual deprecó la nulidad absoluta de la venta y como consecuencia la cancelación del registro. Conoció en primera instancia el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, el cual desató el litigio en sentencia de 6 de febrero de 1981 declarándose inhibido por falta del presupuesto: demanda en forma. Estimó el *a quo* que en la demanda se ha debido deprecar la nulidad del negocio jurídico de apoderamiento y como consecuencia la inoponibilidad de lo que hizo el falso apoderado frente al supuesto poderdante. En concepto del juzgado al solicitarse apenas la nulidad de la escritura de venta, la parte actora le dio valor al poder.

Apelada la sentencia el Tribunal Superior de Medellín la revocó mediante la de agosto 19 de 1981 objeto de la censura en casación.

El fallo del Tribunal dedica varios folios a precisar el origen de la teoría de la inexistencia como un fenómeno diferente del de la nulidad absoluta para concluir declarando inexistente el contrato de compraventa como consecuencia de falta absoluta de voluntad en el vendedor, la que deduce indubitadamente del hecho de haberse demostrado penalmente la falsedad del poder con que actuó el supuesto apoderado.

La casación

El casacionista analiza con detenimiento las distintas posiciones doctrinarias tanto del *a quo* como del *ad quem*, que se pueden sintetizar así: Aquel estima que el acto de apoderamiento *es nulo, nulidad* que no se solicitó, y la venta que hizo el apoderado es inoponible al supuesto poderdante. Este, sin entrar a escudriñar qué calificativo darle al acto de apoderamiento, que estimó falso, con fundamento en la sentencia penal, pasa a declarar inexistente *el contrato de compraventa* por falta de voluntad de quien figuró como vendedor, el difunto Ríos. Ninguno de los dos sentenciadores ni el casacionista entran a calificar el fenómeno frente al acto jurídico consecencial del contrato, denominado tradición, aunque pese a ello el Tri-

bunal ordena cancelar la inscripción en el registro. Empero, no obstante no compartir el enfoque del *ad quem* sobre la inexistencia, el censor concluye en que no hay para qué entrar a puntualizar si el acto extraño al aparente disponente es nulo, absoluta o relativamente, es inexistente o apenas inoponible. En otra parte de su demanda de casación dijo: "III. Prescindiendo de detenerme giro (sic) que el Tribunal le dio a la demanda para declarar la "inexistencia" del contrato, en vez de su nulidad absoluta, conforme al pedimento del demandante, pues en últimas el tratamiento judicial de la inexistencia se encuentra absorbido por la nulidad, como lo ha reiterado la jurisprudencia y la salida de la inexistencia en el evento de suplantación de personas no pasa de ser una postura doctrinaria, aquí con un empleo forzado y excesivo del voluntarismo jurídico, al hablar de falta de consentimiento traducido en inexistencia, cuando simplemente se trataría de ausencia de un acto propio de autonomía privada, esto es de que el acto dispositivo no le es en últimas atribuible a quien aparece habiéndolo celebrado. O sea que, para no tener que referirme a la regla general de derecho de la inexistencia... parto de la base de que, cual se pidió en la demanda, lo que el Tribunal resolvió fue declarar la nulidad absoluta de la compraventa en cuestión, con las consecuencias propias de tal figura, que él simplemente calificó de inexistencia, sin que resulte pertinente dilucidar la propiedad o impropiiedad de tal calificativo" (fl. 10, cuad. de la Corte). Como se verá posteriormente, el tema de la casación es de más hondura, pues se duele de no haber aplicado el sentenciador la tesis de,

El error común creador de derechos

El casacionista formula un solo cargo, por la causal primera, por vía directa, por indebida aplicación de las normas que regulan la nulidad y la falta de aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y de la doctrina del error común creador de derechos que es aplicable en desarrollo de la norma últimamente citada.

En su planteamiento el casacionista parte de la base de que la sociedad demanda-

da propuso la aplicación de esa doctrina al contestar la demanda. En esa pieza, bajo el título de inexistencia de la nulidad, concluyó así el apoderado: "Cabe aquí recordar, de contera, la doctrina jurídica denominada de la *apariencia* objetiva de la legalidad, que contribuye a dar firmeza inmovible al negocio de la compraventa". El Tribunal en el fallo acusado declaró no probadas las excepciones propuestas, pero la verdad es que ni una palabra dijo, y ha debido decir, sobre la excepción que surge de la aplicación de la teoría de la *apariencia*.

La teoría de la apariencia que induce a un error en que cualquiera hubiese incurrido, sin culpa, creadora de derechos, para unos, y extintora correlativamente para otros, que ha sido aceptada por la Corte, debe ser aplicada por los jueces cuando quiera que encuentren debida y suficientemente demostrados los elementos axiológicos que la integran.

Como quiera que la doctrina en referencia adquiere su calidad de fuente formal de derecho como consecuencia de la aplicación del principio de la investigación del derecho que corresponde a los jueces cuando exista vacío, son éstos, en el presente caso la Corte, los que deben precisar y delimitar sus requisitos y efectos.

Estima la Corte que para dar aplicación a la doctrina del error común creador de derechos es indispensable que se reúnan los siguientes requisitos, a saber:

1. *Debe existir una situación que realmente sea contraria a la normatividad, pero oculta, es decir, que no es fácil advertirla, la cual sea necesariamente ajena en su etiología y desarrollo a quien eventualmente resultare perjudicado con la apariencia de juridicidad. Es obvio que si quien pretende ser favorecido con la aplicación de la doctrina tuvo alguna parte en los procesos que determinaron la creación de la apariencia de derecho, mal puede invocar a su favor la apariencia de legalidad, que en tales condiciones dejaría de serlo para ella.*

2. *Que esa situación de apariencia de legalidad esté respaldada en hechos, situaciones o documentos cuyo vicio no sea*

posible advertir con diligencia y cuidado propios de un buen padre de familia.

3. *Que la conducta de quien resultó perjudicado con la situación de aparente legalidad esté respaldada por una buena fe del particular no simplemente presunta, sino probada, permanente, y no transitoria. paradigmática, sin sombra de mácula. Es esa buena fe la que permite que se cree el derecho en donde normalmente no existía y, correlativamente, se extinga en quien verdaderamente era su titular.*

4. *Que la situación no esté regulada expresamente por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación de la doctrina.*

Se debe examinar ahora si los requisitos expuestos se cumplen a cabalidad en el caso de autos.

Es evidente que el primer requisito se cumple en principio, toda vez que con la falsificación del poder se creó una apariencia de legalidad, según la cual quien compareció a enajenar el inmueble tenía facultad emanada del verdadero dueño para hacerlo. Empero, aunque aparentemente no era dable advertir fácilmente la falsedad del documento privado contentivo del supuesto contrato de mandato, fácil era advertir que aparece autenticado ante notario un día en que por ser fiesta religiosa de guardar, el 15 de agosto, no había despacho en ninguna notaría del país. ¿Por qué, entonces, se autenticó ese día? Ese interrogante no se lo formuló el comprador, cuando ha debido plantearse-lo. Tampoco advirtió que el poder fue dado, al parecer, sin límite de tiempo y cuando se hizo uso del mismo llevaba más de un año de otorgado; una persona prudente y diligente por lo menos hubiese tratado de averiguar si un año después de otorgado seguía vigente. Y finalmente, es lo cierto que aunque en la escritura de venta se dijo haber protocolizado una fotocopia del poder, cuando la ley manda que sea el original, no se cumplió tal formalidad, sin que el comprador se preocupara porque tal documento, para él vital, quedara formando parte del archivo notarial. Existe pues, una situación ilegal pero oculta. ¿Era

fácil advertirla? Probalmente no, pero tampoco era imposible detectarla, de conformidad con lo dicho.

El segundo requisito hace referencia a la diligencia y cuidado que debe haber tenido quien invoca la doctrina. ¿Es diligente una persona que al firmar una escritura en que su vendedor comparece mediante apoderado, no se preocupa por hacer protocolizar el documento contentivo del acto de apoderamiento, no percatata que fue autenticado en día de vacancia notarial y no procura establecer si un año después de haber sido aparentemente otorgado estaba aún vigente? No parece.

En relación con la buena fe del interesado en la aplicación de la doctrina, encuentra la Corte que hay ciertos aspectos del asunto que impiden que pueda predicarse del comprador una buena fe esplendorosa, ejemplarizante. En efecto, ¿qué ocurrió con el saldo del precio de venta, representado en letras? ¿Se pagaron? ¿A quién? ¿Al apoderado? ¿Al poderdante? Todos estos interrogantes permanecen sin respuesta en el expediente. Finalmente, sobre el mismo punto, no encuentra la Corte que haya sido posible que en la ciudad de Medellín, mientras se tramitaba con la comparecencia del supuesto vendedor y el comprador el presente proceso, y uno anterior sobre tema parecido, se hubiese sentenciado una entrega en favor de éste mediante la citación del vendedor por edicto. Esa circunstancia no tiene lógica, no tiene sentido. De donde hay que concluir que la conducta del comprador no ha sido propiamente recomendable. Falla, pues, este requisito.

No se reúnen, pues, todos los requisitos que deben llevarse para dar por probada la doctrina del error común creador de derechos. Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del recurso.

Costas del recurso a cargo de la parte demandada.

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

*Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra
Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia*

Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

COMPLEMENTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA

De la sentencia anterior, en relación con temas tratados en la sentencia del Tribunal y en la demanda de casación

Proceso ordinario de *Rosa Bedoya de Ríos* versus *Urrea Aristizábal Limitada, Confecciones Eva*.

Los planteamientos discordes del juzgado, el Tribunal, el casacionista y el opositor sobre temas como la ineficacia, la simulación, la inexistencia, la nulidad, la rescisión, la resolución y la inoponibilidad, han debido mover a la Corte, por vía de orientación doctrinaria, a tratarlos en la sentencia. Empero la mayoría estimó que no era necesario y fue así como lo que se leerá a continuación era parte de la ponencia pero no fue aprobada; estima el suscrito que su conocimiento puede ser útil como una aproximación al buen entendimiento de esos conceptos. Igualmente, en el examen de si en el caso de autos se cumplían todos los elementos que integran la teoría del error común creador de derechos, se consignaban dos párrafos sobre la regulación legal al caso de un apoderado que pacta en abierta contraposición con los intereses de su poderdante y la regulación legal para quien contrate a nombre de otro sin poder o excediéndolo, que a no dudarlo reforzaban la solución. El suscrito ponente estima conveniente que tales conceptos se conozcan. Tales los motivos por los cuales opta por complementar su propia ponencia.

Los términos inexistencia, simulación, nulidad, rescisión, resolución e inoponibilidad, que han estado en juego en este proceso, como en el anterior de Ríos contra la sociedad compradora, tienen un sentido propio y casi siempre excluyente, de suerte tal que no hay lugar a confundir uno con otro. Todos ellos se aplican a los

negocios jurídicos, vale decir, a las declaraciones de voluntad emitidas con el propósito de crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo. En el terreno de las relaciones patrimoniales los dos más importantes negocios jurídicos son el contrato, que tiene como objetivo crear obligaciones, y el pago, que extingue las creadas con anterioridad. Esos y en general todo negocio jurídico pueden estar afectados de ineficacia, es decir que por uno u otro fenómeno no producen ninguno o apenas unos efectos jurídicos de la totalidad que le son propios. Los fenómenos jurídicos que conducen a la ineficacia total o parcial son los antes relacionados y que se analizarán a continuación.

Se predica *la inexistencia* de un negocio jurídico cuando ha habido un principio de declaración de voluntad, rodeada de condiciones tales que sin necesidad de pronunciamiento jurisdiccional, cualquiera puede predicar su ineficacia para producir los efectos que le son propios. El negocio celebrado por un infante es inexistente. La compraventa verbal de un inmueble es inexistente. Ontológicamente existe algo, la manifestación del infante, el acuerdo verbal, pero eso que existe es de tan poca entidad en el mundo jurídico que cualquiera persona pueda dar por inexistente el negocio. Habría lugar a deprecar la inexistencia y el juzgador tendría que pronunciarse, cuando quiera que un negocio jurídico esté afectado por alguna circunstancia que no estando elevada por la ley a causal de nulidad o rescisión, pero que lógicamente impida la adecuada formación del negocio, haya empezado, no obstante

su precariedad, a producir algunos efectos que, aunque teóricamente, ineficaces, sea preciso deshacer mediante pronunciamiento jurisdiccional. Es el caso, por ejemplo, de una compraventa verbal de inmuebles que por solicitud de ambos contratantes haya dado lugar a un registro insólito.

La inexistencia excluye obviamente la *simulación*. El fenómeno simulatorio implica necesariamente que exista algo en apariencia modificado por un acuerdo oculto pactado entre los mismos celebrantes. Cuando aquel algo aparente, y por tanto existente, solamente tiene realidad fingida por los que celebraron el negocio jurídico, se está en presencia de la simulación, que da derecho a deprecar la acción de prevalencia, es decir, la acción que tiene por objeto hacer que prevalezca lo oculto, que es lo verdaderamente querido por las partes, frente a lo ostensible, que los celebrantes realmente no quisieron.

La *nulidad absoluta*, o *nulidad*, se da cuando existe el negocio, pero ha sido celebrado en ciertas condiciones a las cuales el ordenamiento jurídico ha dado denominación específica de generadoras de nulidad. Este fenómeno supone, pues, que el negocio jurídico tuvo un principio de existencia y, de otra parte, exige de quien la demanda la invocación de la norma en que precisamente se haya elevado a la categoría de nulo el negocio celebrado en tal condición, por ejemplo, por un absolutamente incapaz. La nulidad absoluta está sujeta a un régimen específico en cuanto a legitimación para proponerla, prescripción y saneamiento consagrado en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

La *nulidad relativa* o *anulabilidad*, da derecho a solicitar la rescisión a aquellas personas en cuyo favor se ha establecido la respectiva causal, de exclusiva creación legal. Está sujeta a un régimen específico mucho más benigno que el imperante en el terreno de la nulidad absoluta, pero tiene con ésta muchos aspectos en común, como son las prestaciones mutuas cuando quiera que ha sido declarada.

La *resolución* supone siempre, como requisito indispensable, la celebración válida de un contrato bilateral y su ulterior

incumplimiento. Se resuelven los contratos válidos pero incumplidos. El contrato fue, pues, eficaz, pero la falta de cumplimiento de una le da derecho a la otra, o el incumplimiento mutuo a ambas, a deprecar la resolución, es decir, a que se deshaga el contrato y vuelvan las cosas al estado anterior al contrato, de ser ello posible. En los contratos de tracto sucesivo, en los cuales no es posible volver al estado anterior, en vez de la resolución se predica la *terminación*.

La *inoponibilidad*, finalmente, es el fenómeno jurídico en virtud del cual las obligaciones que uno adquiere en virtud de un contrato no se le pueden exigir a otro que no contrató, que no se obligó, como consecuencia del principio de la relatividad de los contratos que se concreta en el aforismo *res inter alios acta*, que tiene excepciones legales. O la imposibilidad jurídica de exigir obligaciones contraídas en virtud de un negocio jurídico que devino ineficaz.

Aplicando los principios anteriores al caso de autos tenemos que tanto el negocio jurídico de apoderamiento, que se hizo constar en escrito en el cual se falsificó la firma del poderdante, como el de compraventa celebrado por el falso apoderado con un tercero, existen. ¿Quién podría negarlo? Una vez producida la sentencia penal contra el falsario brota la nulidad del contrato de mandato con representación, por objeto ilícito, que puede y debe ser declarado oficiosamente por el juez. El contrato de compraventa también puede declararse nulo por la misma razón. Pero nada impide que el supuesto poderdante alegue en su favor la inoponibilidad, ora como consecuencia de la obvia nulidad, ya por ser un extraño en el negocio de la venta que, por tanto, le es inoponible. En ambos eventos la inoponibilidad conduce a que se deshagan las consecuencias de ese negocio de compraventa que a más de nulo es inoponible al difunto poderdante, concretamente la entrega de lo vendido y la cancelación de los registros.

Posteriormente, haciendo expresa referencia al requisito cuarto para estructurar la teoría del error común creador de derechos, la ponencia traía los siguientes dos

párrafos, que la Sala mayoritariamente conceptuó que debían suprimirse, pero que el suscrito ponente considera que son perfectamente alinderables dentro del examen del caso de autos, toda vez que habiendo normas que lo regulan expresamente, eran de aplicarse. En virtud de una, la conducta del falso apoderado al renunciar inopinadamente derechos de su supuesto poderdante hacen el acto rescindible; por mandato de la otra el tercero, afectado por el negocio celebrado por quien no era apoderado, tiene acción para que no sufra mengua su patrimonio, contra quien contrató sin poder, pero no contra el supuesto poderdante, a quien con la aplicación de la doctrina del error común se le haría responder de culpas que no cometió, contrariando esa norma legal. Pero mejor, vamos al texto de la ponencia sobre el particular:

En la compraventa el apoderado del vendedor renunció a la condición resolutoria. Tal hecho insólito ha debido llamar la atención del comprador, porque es de tal manera inusual que el legislador lo tiene prohibido expresamente. En efecto, el artículo 8338 del Código de Comercio preceptúa que “el negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado”. ¿Existe una manifiesta contraposición con los intereses del vendedor representado cuando su apode-

rado renuncia expresamente a la condición resolutoria tácita por la eventual falta de pago del saldo del precio? ¿Quién propuso esa cláusula? ¿Fue el comprador y aceptada por el apoderado del vendedor? ¿Fue el propio apoderado? Quien quiera que haya sido es una cláusula de tal manera lesiva de los intereses del vendedor que ciertamente el negocio jurídico así concluido quedó sujeto a una nulidad relativa. La aceptación por el tercer comprador indica, si no mala fe, por lo menos ausencia de buena fe en las condiciones que deben predicarse en favor de quien invoca la aplicación de la doctrina.

En cuanto al requisito de que para aplicar la doctrina del error común creador de derechos no se viole una norma que regule la situación, debe advertirse que el artículo 841 del Código de Comercio preceptúa: “El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de este, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven de tal causa”. Sin la menor duda el caso de autos se subsume, pues, en la norma transcrita y de allí se infiere sin hesitación que el tercero de buena fe, si lo fuera exenta de culpa, tiene derecho a deprecar la aplicación de esta doctrina frente al apoderado, pero en manera alguna frente al supuesto poderdante.

Jorge Salcedo Segura.

DEMANDA. Reforma y Adición

Una es la situación en que se encuentra el demandante cuando ya se ha enterado al demandado de las pretensiones de aquél y, otra es la posición en la que se encuentra el libelista cuando el demandado ignora en absoluto de qué se le va a demandar

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., agosto veintitrés de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Por apelación interpuesta por la parte demandante, le corresponde a la Corte revisar el auto de 18 de junio de este año, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Manizales* en el proceso abreviado de *separación de cuerpos de Jaime Alfonso Trejos Guerrero contra María Gladys Londoño Rojas*.

Antecedentes

I. Por demanda presentada el 20 de agosto de 1982, solicitó el mencionado demandante que con audiencia de su cónyuge demandada se decretase la separación indefinida de cuerpos, la disolución de la sociedad conyugal y se dispusiese, además, que la hija menor Cielo del Rocío Trejos Londoño quedase al cuidado del demandante.

II. Como presupuestos de hecho, el demandante refirió que contrajo matrimonio católico con la demandada, de cuya unión nació Cielo del Rocío; que desde hace algunos años la demandada viene incumpliendo con sus deberes de esposa y madre, lo que dio lugar además a que se hiciera imposible la paz y el sosiego domésticos; que los cónyuges se encuentran separados de hecho; que hace aproximada-

mente ocho meses la demandada “al parecer contrajo matrimonio en el extranjero con el señor Eduardo León Cifuentes, al parecer de nacionalidad argentina”; que el demandante “desconoce cuál pueda ser el paradero, domicilio o residencia de la demandada María Gladys Londoño Rojas siendo muy probable que se encuentre fuera de Colombia”.

Además agregó el libelista que contrajo matrimonio en la ciudad de Manizales, lugar donde nació su hija y donde actualmente tiene su domicilio, por lo que es competente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

III. En escrito posterior insiste el demandante en que ignora “cuál pueda ser el domicilio actual de la demandada María Gladys Londoño Rojas, afirmación que hago bajo la gravedad del juramento tal como lo exige el numeral 2 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto pido... se sirva emplazarla”.

IV. Emplazada la demandada y provista de curador, quien respondió en el sentido de aceptar unos hechos y desconocer otros y oponerse a las súplicas de la demanda y cuando ya se habían decretado las pruebas, resolvió el Tribunal decretar la nulidad de lo actuado por carecer de competencia, puesto que en estos procesos ella se determina por el domicilio “de la demandada y en el libelo introductorio o en el escrito adicional no se afirmó la vecindad en algún municipio de esta jurisdicción”.

V. Luego de la interposición de algunos recursos propuestos por el demandante, éste expresa que adiciona la demanda en el sentido de que tiene su domicilio en el Municipio de Manizales y de explicar sobre qué hechos deben declarar los testigos que menciona en su libelo.

VI. Por auto de 18 de junio de este año, que es el impugnado, el Tribunal decidió rechazar la demanda y su adición, esta última, por no haberse notificado aún el auto admisorio de la demanda, y la primera, por subsistir los motivos de incompetencia, o sea, "por desconocer el domicilio de la demandada".

VII. Inconforme el demandante con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, el que por estar tramitado procede la Corte a decidirlo.

Consideraciones

1. El artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, que se ocupa específicamente de la reforma y adición de la demanda, es del siguiente tenor:

"Notificado el auto admisorio de la demanda, el demandante podrá reformarla por una vez conforme a las reglas siguientes:

"1. La reforma deberá presentarse antes de la notificación del auto que decreta pruebas en el incidente de excepciones previas, y cuando éste no se proponga, antes de notificarse el que las decreta en el proceso. En el primer caso, en el auto admisorio de la reforma se declarará terminado dicho incidente.

"2. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas, ni la de las pretensiones formuladas en la demanda inicial, pero sí prescindir de alguna de éstas o incluir nuevas.

"3. Para la reforma no es necesario reproducir la demanda, pero si el juez lo considera conveniente, podrá ordenar que se presenten debidamente integradas en un sólo escrito, en el término de tres días, y si así no se hiciera se tendrá por no presentada la reforma.

"4. De la reforma o de la demanda integrada se dará traslado al demandado o

a su apoderado en la forma prescrita en el artículo 87, por la mitad del término del señalado para el de la demanda, y la notificación se hará como lo dispone el artículo 205.

"5. Dentro del nuevo traslado el demandado podrá ejercitar las mismas facultades que durante el inicial".

El verdadero alcance del mencionado precepto permite sacar estas dos conclusiones:

a) *Cuando se ha notificado al demandado o demandados el auto admisorio de la demanda, el demandante sólo podrá reformarla por una sola vez y con sujeción a las pautas o reglas que señala el precepto antes transcrito.*

b) *Cuando no se haya notificado al demandado el auto admisorio de la demanda, el demandante no está sujeto a las previsiones y limitaciones que contempla el artículo 89, o sea, que puede modificarla o complementarla cuantas veces lo considere necesario.*

2. *De suerte que en materia de reforma o adición de la demanda, una es la situación en que se encuentra el demandante cuando ya se ha enterado al demandado de las pretensiones de aquél y, otra es la posición en la que se encuentra el libelista cuando el demandado ignora en absoluto de qué se le va a demandar. Los limitantes establecidos para el primer evento se justifican, puesto que no es equitativo y leal que el demandado quede expuesto a que el demandante modifique indefinida y sucesivamente su demanda. Por el contrario, en la segunda hipótesis, ninguna deslealtad ni perjuicio se le ocasionaría al demandado, porque de todas las correcciones, modificaciones y adiciones se enteraría ab initio y oportunamente al recibir la notificación del auto admisorio de la demanda, que en tal evento se encuentra conformada por el escrito original y el conjunto de modificaciones hechas a la misma.*

3. Si como aquí ha ocurrido, no se le ha notificado el auto admisorio de la demanda a la demandada María Gladys Londoño, en razón de la nulidad decretada por el Tribunal, no existe entonces fundamen-

to legal para aplicarle al demandante las restricciones de que trata el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, máxime que el hecho de insistir en afirmar que ignora el domicilio o paradero del demandado o sobre qué debe interrogarse unos declarantes, no configura una auténtica reforma de su libelo.

4. Aclarado lo anterior, procede hacer una incursión al tema de la competencia, en este linaje de procesos.

De conformidad con el artículo IX del Concordato, la competencia funcional para conocer de los procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos, quedó atribuida a los tribunales superiores, en primera instancia y a la Corte, en segunda, y así no se hubiera especificado a cuál Sala (civil, penal o laboral), es entendible que por razón de la materia que se controvierte y por virtud de la regla general consagrada en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el conocimiento de tales causas corresponde a las Salas de Decisión Civil, en los Tribunales, y a la Sala de Casación Civil, en la Corte.

5. Ahora, se cuestiona si el juzgador civil competente para conocer de los procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos es el Tribunal Superior del Distrito Judicial del domicilio del demandado (art. 23, num. 1º del C. de P. C.), o también puede serlo el denominado domicilio común, en el evento en que el demandante lo conserve al tiempo de presentación de la demanda (art. 23, num. 4 *ibídem*).

Dispone el numeral 4 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil que respecto de "los procesos de alimentos, nulidad y divorcio de matrimonio civil, separación de bienes, liquidación de sociedad conyugal, pérdida o suspensión de la patria potestad, impugnación de paternidad legítima, y en las medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos o a los de nulidad, divorcio y *separación de cuerpos de matrimonio católico, será también competente el juez que co-*

rresponda al domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve".

6. La anterior regla consagra un domicilio concurrente, el cual faculta al demandante para promover el litigio ante el juez competente del domicilio del demandado o ante el juez competente del domicilio común anterior, si el demandante lo conserva.

Y, aunque el mencionado numeral 4 del artículo 23 alude en su segunda parte a los procesos de separación de cuerpos a la competencia territorial respecto de las medidas cautelares, debe entenderse que el juzgador competente para conocer de la causa o proceso también lo es el que corresponda al domicilio común anterior de los cónyuges, si el demandante lo conserva, puesto que hoy en día tales medidas sólo pueden pedirse ante el juzgador que debe conocer del proceso, como quiera que en el Código de Procedimiento vigente no se mantuvo el principio consagrado en el anterior Código Judicial (art. 292), que establecía que eran competentes para decretarlas el juez del lugar donde estaban los bienes y el que debía conocer del litigio. De suerte que las referidas medidas deben pedirse actualmente ante el juez que conoce del proceso, que conforme a la regla cuarta del artículo 23 también lo es, por ser competente, el Tribunal del domicilio común, si el demandante lo conserva a la fecha de presentación de la correspondiente demanda de separación de cuerpos.

7. Del escrito de demanda y de las manifestaciones subsiguientes, se infiere: a) que el demandante desconoce el domicilio, habitación y paradero de la demandada; b) que partiendo de ese supuesto, que lo ha hecho bajo juramento, no puede ser compelido a que determine un domicilio que desconoce; c) que el domicilio común anterior, el cual conserva, es la ciudad de Manizales y, por ende, el Tribunal competente para conocer de su prentensión de separación de cuerpos, es el de allí.

8. Viene de lo dicho, que el auto impugnado debe revocarse, a efecto de admitir la demanda con sus escritos de aclaración o complementarios.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, revoca el auto apelado y en su lugar,

Resuelve:

1º Admítase la demanda de separación de cuerpos de matrimonio católico presentada por Jaime Alfonso Trejos Guerrero contra María Gladys Londoño Rojas.

2º Córrase traslado de la demanda a la mencionada Londoño Rojas, por el término de diez días, para que la conteste.

3º Cítese al Ministerio Público.

4º Emplácese a la demandada en los términos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, previo informe de que la demandada no figura en la guía telefónica.

Sin costas en el recurso.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

PATERNIDAD NATURAL

Posesión notoria del estado de hijo

Criterio para valorar la prueba. Cómo debe entenderse la expresión "Vecindario del domicilio en general"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia absolutoria del 28 de junio de 1982, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Medellín*, al desatar la segunda instancia de este proceso ordinario, suscitado por *Rosa de Jesús Vélez* frente a la heredera de *Eduardo Pérez Zapata*.

I

El Litigio

1. En demanda que fue admitida por el Juez Civil del Circuito de Yarumal por auto del 1º de diciembre de 1980, Rosa de Jesús llamó a juicio a Zoila Rosa Zapata viuda de Pérez, heredera de Eduardo Pérez, para que, previos los ritos del proceso ordinario de *mayor cuantía*, se declarase que la demandante es *hija natural* del difundo Eduardo Pérez y, por tanto, su heredera por ser legitimaria suya, motivo por el cual Zoila Rosa debe *restituirle* la cuota parte de los bienes que le corresponda, con sus respectivos frutos.

2. Como hechos de la *causa petendi*, se alegaron, en compendio, los siguientes:

Durante el lapso de 1937 a 1940, Leonilde Vélez y Eduardo Pérez sostuvieron relaciones sexuales estables y notorias que conocieron no sólo sus vecinos sino las gentes de Yarumal; durante ese periodo,

Eduardo frecuentaba la casa de Leonilde y le prestaba apoyo económico enviándole "mercados y ropa"; de las relaciones mencionadas nació la demandante Rosa de Jesús Vélez, familiarmente llamada Orfa, hecho acaecido el 9 de octubre de 1940; desde el nacimiento de ésta y por espacio de 6 años, Eduardo "no sólo incrementó las visitas y ayudas a la casa de Leonilde", sino que, desde entonces, dio a Rosa de Jesús trato de verdadera hija, le designó la madrina de bautizo y en los primeros años de escuela le daba dinero todos los días para "su algo u onces"; a virtud de este tratamiento, el vecindario en general de la población de Yarumal reputó a Eduardo como padre de Rosa de Jesús; Eduardo Pérez Zapata falleció en aquel municipio, lugar donde, en 1980, se abrió su proceso de sucesión en el que fue reconocida como su heredera Zoila Rosa Zapata viuda de Pérez, su madre legítima; la demandante, como hija natural del causante, tiene derecho a sucederlo y a que se reforme el testamento, si alguno hubiere otorgado el *de cuius*.

3. La demandada dio oportuna respuesta a la demanda, negando los hechos en que ésta se funda y oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas.

4. La primera instancia finalizó con sentencia del 18 de enero de 1982, por medio de la cual se acogen las pretensiones formuladas por la demandante.

Apelada la anterior decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Medellín* la revocó y, en su lugar, dictó fallo absolutorio. Entonces,

Rosa de Jesús Vélez interpuso el recurso de casación que ahora se está decidiendo.

II

Fundamento de la sentencia recurrida

Después de encontrar satisfechos los presupuestos del proceso, el tribunal hace referencias históricas y doctrinarias en torno a la acción de investigación de la paternidad natural, precisando cuáles son las específicas causales en que puede fundarse una declaración judicial de paternidad.

Al estudiar el caso litigado, el *ad quem* expresa que no existe prueba plena de la existencia de relaciones sexuales entre la madre de la demandante y el presunto padre, para la época en que la segunda fue concebida, y que la que existe relativamente a la posesión notoria del estado civil de hija natural, no es suficiente para constituir el conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, según la exigencia del artículo 399 del Código Civil.

Dice el Tribunal, después de puntualizar cuáles son los elementos integrantes de aquella posesión de Estado, que "en los testimonios traídos a estos autos sólo hay datos fragmentarios y aislados de algunas dádivas con las cuales socorría el señor Pérez a la madre de la demandante, sin que esos hechos se sitúen en un lapso determinado de tiempo y además no tuvieron la suficiente notoriedad para crear la fama del estado de filiación". Agrega que los testigos "ofrecen poco motivo de credibilidad por las contradicciones en que incurren y la falta de seguridad que se observa en ellos".

Entra el fallador enseguida a analizar las declaraciones recibidas, y encuentra que la de Bertha Inés Vélez Rodríguez no es plenamente atendible por sus flagrantes contradicciones, ya que dice haber conocido a Eduardo Pérez en el año de 1950 y no obstante afirma que éste frecuentaba la casa de la madre de la demandante hasta cuando ésta y su hermano tenían de 8, 10 ó 12 años, lo cual contrarió también la afirmación de la demandante y su herma-

no relativa a que el presunto padre solo se vio en casa de ellos por dos ocasiones.

Blanca Rosa Parra, no obstante lo aseverado por los dos hijos presuntos, dice que Eduardo sí visitaba la casa de la madre demandante, lo que hacía cada ocho días, la misma testigo incurre en otras contradicciones, pues a pesar de que dice haber conocido a Eduardo unos 25 años atrás de 1981, afirma que en los años de 1937 a 1940 conoció la amistad que existía entre éste y la madre de la demandante, porque en ese lapso ella dormía dos o tres veces por semana en la casa de aquella y se daba cuenta de que él le daba unos \$50 cada ocho días. Admite el Tribunal que, para entonces, esa era una alta suma, que ni siquiera los altos funcionarios daban al mes cantidad igual.

El dicho de Teresa Emilia Muñoz es criticado por el Tribunal, pues en declaración extrajuicio dijo que la demandante había nacido de las relaciones sexuales que sostuvieron Eduardo y María Leonilde y que le consta que, desde antes del nacimiento de aquella, Eduardo ayudaba a Leonilde dándole dinero para comida y ropa, hechos que no le pudieron constar, pues si al declarar en 1981 tenía 41 años, no podía haber presenciado episodios ocurridos antes de su nacimiento de 1937 a 1940. La declarante después dice que conoció a Orfa cuando ésta tenía 9 años y que Eduardo le daba dinero diariamente, por cinco años, mientras estudió la primaria.

En cuanto al testimonio de Margarita Zapata por haber sufrido ella un derrame cerebral que le dificulta la expresión, el Tribunal considera que debe rechazarlo "por falta de capacidad psíquica".

La declaración de Jesús Fernández es demasiado vaga —dice el fallador— pues no depone sobre hechos concretos, sino sobre asuntos que le fueron informados por otras personas. Es un testigo de oídas.

Finalmente, el Tribunal encuentra que los testigos Francisco Vargas Builes y Gilberto Vargas Montoya hablan del distinguido comportamiento social de Eduardo Pérez y nunca supieron, no obstante tratarlo a fondo, que tuviera hijos naturales

Lo mismo afirman Enrique Bedoya y Antonio Hoyos, quienes hacen resaltar las virtudes caritativas de Pérez, a quien califican de persona generosa.

Para terminar, el Tribunal expresa:

“Debiendo ser de tal naturaleza completa e irrefragable la prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 399 del Código Civil, es preciso anotar que este hecho tiene que ser descartado de las proyecciones probatorias en el litigio *sub judice*, pues a pesar de las referencias hechas por varios de los testigos citados, con los cuales se ha querido probar el estado de posesión notoria de hijo natural de la demandante con respecto al de *cujus* Eduardo Pérez, las probanzas aducidas no son lo suficientemente satisfactorias en la revelación de todas las circunstancias de hecho que son necesarias para configurar en su integridad la presunción de filiación natural que se trata de establecer en este proceso. En los testimonios ya analizados solo hay datos fragmentarios y aislados sobre algunas donaciones y socorros caritativos del presunto padre natural para con la demandante, lo que desde luego es ineficaz para demostrar la posesión notoria de filiación natural”.

III

La demanda de casación

El recurrente formula cargo único contra la sentencia que atrás quedó reseñada, ataque que lanza en la órbita de la causal primera y que hace consistir en quebranto indirecto, “por falta de aplicación, de los artículos 1º, 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, en relación con los artículos 6º, 9º y 10, de la Ley 75 de 1968; 1º y 2º del Decreto 1260 de 1970, y la Ley 29 de 1982, artículos 1321, 1322 y 1323 del Código Civil”, todo a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas.

Dice el censor que el Tribunal no utilizó los testimonios de Bertha Inés Vélez y Blanca Rosa Parra (fl. 2 C. 1. y fls. 2 C. 3), ni los de Margarita Zapata, Teresa Emilia Muñoz y Jesús Fernández (fl. 5 C. 1 y 49

C. 2; fl. 6 C. 1 y 50 vto. C. 2; y fls. 6 del cuaderno 2), pero que, en cambio, sí fueron útiles los de Francisco Vargas, Enrique Bedoya y Antonio Hoyos (fls. 5 C. 2; fl. 5 y 7 C. 3) así como los interrogatorios de Daniel y Rosa de Jesús Vélez (C. 2 fl. 22 y C. 3 fls. 13).

Expresa el impugnante que el fallador no apreció en conjunto las pruebas aportadas, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual se desarticuló la prueba testimonial; que, además, el sentenciador analizó los detalles simplemente circunstanciales, sin ir al fondo de lo que los testigos relatan, deteniéndose en la consideración de contradicciones que verdaderamente son aparentes.

“Si los testigos se refieren a hechos tan antiguos que forman la materia sustancial de la prueba, y no precisan la fecha de su ocurrencia o no determinan la cuantía aritméticamente exacta de la asistencia en dinero o la determinan equivocadamente, no por ello se debe descalificar el testimonio, cuando muestra datos muy objetivos sobre la posesión del estado civil que, valorados en conjunto, habrían llevado al Tribunal a conclusiones distintas”.

Luego critica el censor el análisis que el Tribunal hizo de los testimonios de Bertha Vélez, Teresa Muñoz, Bertha Inés Vélez, Rosa Parra, Margarita Zapata y Jesús Fernández y confrontando lo que cada uno dice y lo que entendió el fallador, concluye que “los errores del Tribunal lo condujeron a desvertebrar el conjunto de la prueba testimonial que, acredita, contrariamente a lo que el Tribunal expresa en su fallo, la posesión notoria de Rosa Inés Vélez como hija natural de Eduardo Pérez, de acuerdo con el artículo 399 del Código Civil.

“Porque es en el conjunto de esos testimonios erróneamente apreciados por el Tribunal en donde aparece patentemente la paternidad de Eduardo Pérez, conjunto que al ser desarticulado por el sentenciador, le hizo desnaturalizar la educación, la subsistencia y el establecimiento patentemente reflejados en el conjunto como actos de paternidad de Eduardo Pérez, convirtiéndolos por los errores cometidos, en meras dádivas, limosnas o ayudas ge-

nerosas y episódicas prodigadas por él a Rosa Inés Vélez.

“Son las testigos Berta Vélez, Margarita Zapata, Teresa Muñoz y Blanca Parras que atestiguan los suministros de útiles y uniformes, cuadernos y libros, pagos de pensiones para estudios de comercio, todos destinados a la educación y establecimiento de la demandante; dinero en efectivo, mercados, alimentación y vestidos, para la subsistencia; estos mismos testigos reconocen a la demandante como hija de Eduardo Pérez y declaran que así lo reconocieron muchas personas en Yarumal y oían los comentarios en las vecindades de que Rosa Inés Vélez era hija de Eduardo Pérez, como también lo expresó Jesús Fernández en su testimonio parcialmente de oídas, en una confirmación de la veracidad de los declarantes anteriores sobre la fama de ser Eduardo Pérez el padre de la demandante.

“Y estos actos de Eduardo Pérez llevaban también el sello de un tratamiento afectuoso y filial, de expresivas manifestaciones de cariño paternal, como “donde está mi hija”, “mi amor”, “mi niña”, a quien además se le buscan y consiguen las madrinas de bautismo y confirmación.

“Estos hechos que los testigos declaran, están situados, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, en dos épocas de la vida de la demandante, su niñez y su vida de estudiante, en un lapso superior a los cinco años y no porque un solo testigo lo atestigüe, como es el juicio errado del sentenciador, sino por el dicho de varios.

“Preguntada Berta Vélez:

“¿Durante cuánto tiempo le consta a usted que el señor Eduardo Pérez le ayudó a la señora Leonilde Vélez para la crianza de los niños Danilo y Orfa? CONTESTO:

“Que sepa yo y que me acuerde yo doctor por ahí más o menos seis u ocho años que yo me dí cuenta” (C. 2, fl. 9, Resp. 1ª).

“Y Teresa Muñoz:

“Yo me dí cuenta de que le estuvo ayudando durante unos diez años ...” (C. 2, fls. 51 vto. Resp. 11).

4. Al descalificar el sentenciador, como prueba suficiente, la que no le fue útil, descartó por ese motivo la certeza del hecho presumido, admitiendo en cambio la que sí le fue útil para la formación de su convencimiento, como prueba de contraste contra los actos de paternidad fehacientemente establecidos.

“Esta prueba que llevó al Tribunal a su convencimiento para descartar los actos de paternidad fue igualmente apreciada erróneamente, en contradicción con los principios de la sana crítica y sin el examen de conjunto con la totalidad de la prueba, cometiendo así no sólo errores evidentes de hecho sino también errores de derecho como paso a demostrarlo.

“Los testigos Francisco y Gilberto Vargas, Enrique Mejía Bedoya y Antonio Hoyos no conocieron a Leonilde Vélez ni a su hija Rosa de Jesús, o sea que no pueden ser ni siquiera testigos de oídas de los actos de paternidad establecidos.

“Sin embargo, el Tribunal admite como prueba en contrario, los hechos declarados por los testigos sobre el desconocimiento que tienen de la descendencia natural de Eduardo Pérez, de las relaciones con Leonilde Vélez y el desconocimiento de quién es el padre de Daniel y Rosa de Jesús Vélez, hechos absolutamente negativos que son consecuencia obligada del absoluto desconocimiento de las personas que protagonizaron los actos de paternidad, como Leonilde Vélez y su hija Rosa de Jesús.

“El Tribunal así mismo, admite como hecho contrario, el ‘alma caritativa’ de Eduardo Pérez expuesta de tal modo por el testigo Enrique Mejía Bedoya, como conocedor directo de una niña de apellido Loaiza a quien le costeó los estudios, transcribiendo al efecto el aparte pertinente de este testimonio en su fallo, para hacer resaltar que al testigo no le consta haber visto a Eduardo Pérez entregando mercados.

“Si este testigo no conoció a Leonilde Vélez y a Rosa de Jesús, los hechos de paternidad establecidos con estas personas no quedan contradichos, como es patente, con la caridad de Eduardo Pérez para con

otras personas distintas de la propia demandante, porque tampoco es un hecho contrario, como el Tribunal equivocadamente lo admite, ya que el testigo por el mismo desconocimiento de las personas protagonistas, no está en condiciones ni siquiera de calificar por ese motivo el comportamiento establecido patentemente de Eduardo Pérez con Leonilde Vélez y su hija Rosa de Jesús, en relación con la asistencia, manutención y establecimiento, como actos de paternidad establecidos, hecho supuestamente contrario así erradamente admitido por el Tribunal, que desnaturaliza los actos de paternidad, constantes y permanentes, para convertirlos, por la declaración de un testigo que desconoció los hechos, en limosnas, ayudas o dádivas episdicas como es el 'juicio errado del sentenciador'.

"Comete así mismo error de hecho evidente el Tribunal, cuando admite como hecho contrario a los actos de paternidad establecidos, el desconocimiento que el testigo Antonio Hoyos tiene de Leonilde Vélez y de la demandante, acto contrario que el sentenciador, opone a un hecho que da por establecido sin estarlo: que Eduardo Pérez le daba en el almacén en que trabajaba ropas y viveres a Leonilde Vélez.

"No vio el sentenciador en el conjunto de la prueba, como la que descalificó y excluyó como prueba no útil que los mercados eran despachados de otras tiendas de personas que se mencionan por sus nombres, como lo hacé concretamente la testigo Berta Vélez, ni vio tampoco el Tribunal al dato sí relievante de la tienda de José Antonio Eusse que el testigo Jesús oyó mentar y que Enrique Mejía conoció, en donde por datos de oídas del primer testigo nombrado y descalificado por el sentenciador, se despachaban los mercados por orden de Eduardo Pérez.

"Los rasgos de la personalidad de Eduardo Pérez que los testigos exponen para mostrarlo como un hombre de conducta intachable y de hombría de bien, como amigo y ciudadano, no son tampoco contrarios, como el Tribunal lo admite, a los actos de paternidad establecidos, error de hecho que por su solo enunoiado y sin ne-

cesidad de confrontación, se patentiza suficientemente".

IV

Consideraciones de la Corte.

1. Desde el establecimiento en Colombia de la investigación de la paternidad natural, la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial se ha tenido siempre como uno de los casos en que aquella paternidad se presume y, que por ende, puede ser declarada judicialmente.

La mencionada posesión de estado y la causal de relaciones sexuales son, sin lugar a dudas, los fundamentos en que, con mayor frecuencia, se apoyan las demandas de filiación extramatrimonial. Y de estos dos motivos, es la posesión notoria del estado de hijo el que, una vez demostrado a plenitud, deja más satisfecha la conciencia del fallador y más plena de convicción su mente, porque para que esta posesión de estado se ofrezca, menester es que el padre haya dejado una profunda huella del reconocimiento de su paternidad, huella que, además, debe ser pública y no privada, prolongada en el tiempo y no fugaz, continua al menos por un quinquenio y constituida por un comportamiento realizado en presencia de deudos y amigos o del vecindario en general, con tal intensidad, reiteración y de manera tan inequívoca que los vecinos, allegados o amigos hayan reputado al hijo como tal, a virtud del mencionado comportamiento del presunto padre.

La posesión notoria no surge de improviso, no es situación que sobrevenga en el sentido de presentarse inopinadamente, es una posición fáctica que sólo se va moldeando y definiendo con el paso incesante y prolongado de los días y con la reiteración pública, no secreta, de comportamientos que aisladamente no son indicativos de aceptación de la paternidad, pero que prolongados en el tiempo y a la vista de deudos y amigos, o del vecindario del domicilio en general, van grabando en la conciencia popular la certidumbre de que el beneficiario de esa posesión de estado tiene que ser hijo extramatrimonial de quien así

provee a su subsistencia, educación y establecimiento.

Ahora bien, como es distinto el modo de comportarse cada persona en este campo; como no puede exigirse prueba idéntica en cada específica situación y como ni la vida del hijo, ni la de sus progenitores, ni aún la de los deudos, amigos y vecinos se desarrolla siempre en un mismo sitio, ni en idéntico ambiente, sino que las mudantes circunstancias de la vida indican que unos vecinos se suceden a otros y que unos amigos vienen a ocupar el lugar que otros dejan, para el análisis de la prueba que tiende a demostrar la posesión de estado civil del hijo natural, no se puede proceder con el mismo rigor que ha de emplearse en tratándose de otras causales.

Para valorar los hechos constitutivos de la posesión notoria no puede tomarse una medida rígida, pues no todas las personas se comportan de una misma manera. No es infrecuente el caso de hombres que viven en dos mundos distintos y que crean dos ambientes o recintos de su vivir, totalmente definidos y diferentes. Existe un campo donde se mueven en sus actividades sociales y económicas, y otro en que se desarrolla su actividad humana, que pudiera calificarse de "sentimental". Generalmente, para los protagonistas del primer mundo, son totalmente desconocidas las actividades que se desarrollan en este segundo; en tanto que para éstos no es desconocido el ambiente en que el protagonista principal desenvuelve su actividad social y económica.

Por ello la Corte ha tenido oportunidad de manifestar que cuando el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 se refiere al "vecindario del domicilio en general", ha de entenderse más que al sitio de residencia del padre, a los vecinos que lo son de la vereda, paraje o casa en que el hijo habita, porque es en este lugar donde generalmente tienen acaecer los hechos que, en conjunto, y proyectados en el tiempo, constituyen la posesión notoria. Tal la razón para que, en innumerables oportunidades, muchos de los grandes amigos y relacionados del presunto padre declaren, sin faltar a la verdad, que nunca conocieron las relaciones sexuales investigadas, ni que éste tuviera hijo extramatri-

monial a quien acataba como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; en tanto que modestos conocidos, vecinos del lugar en que el hijo demandante habita, afirman, también sin faltar a la verdad, que presenciaron los hechos repetidos de asistencia económica, de apoyo educacional, de preocupación por la formación del descendiente, ofrecidos por el presunto padre y de las discretas y continuas visitas a la amante, con quien, después de distenderse los vínculos apasionados, fue mermando hasta acabar todo trato, para, en cambio, fortalecer los lazos paternales con el hijo a través de su asistencia económica, educacional y afectiva.

En la especie de esta litis quedó plenamente demostrado que Eduardo Pérez actuaba de manera diferente en los dos mundos en que su vida se desarrollaba: una frente a sus patronos, familiares y amigos de la clase social en que transcurría su cotidiano vivir de empleado, primero, y luego de propietario de su propio establecimiento; y otra frente a los vecinos, allegados, familiares y amigos de la humilde mujer con quien tenía relaciones amorosas y con la hija que lo señala como su padre. Con discreción que ni por asomo alcanza a constituir privacidad oculta, Eduardo, sin alardes ni alharacas, buscó a las madrinan de bautismo y primera comunión de su presunta hija, atendió a sus gastos de subsistencia material y costeó sus estudios, se preocupó por su salud y le suministraba para sus pequeños gastos cotidianos de estudiante, por un lapso mayor de cinco años, y de tal manera que, a virtud de su tratamiento, los vecinos del lugar en que la demandante habitó en la ciudad de Yarumal, llegaron al convencimiento de que realmente Eduardo Pérez Zapata era el padre de Rosa de Jesús Vélez.

Vale la pena oír lo que los testigos citados por la censura relatan, sin olvidar que narran sobre hechos ocurridos tres décadas atrás:

Berta Inés Vélez Rodríguez (fl. 2 Cdo. 2º) dice: "A Rosa de Jesús conocida también con el nombre de Orfa, la conozco prácticamente desde que nació. Conocí también a Leonilde Vélez, la mamá de Orfa,

y a Eduardo Pérez también lo conocí mucho, lo conocí por ahí en el 50 ... Me enteraba de que el señor Eduardo Pérez iba allá donde Nilda y le ayudaba, él pues por ejemplo cuando esa muchachita se le enfermaba, él le daba remedios, él le daba alimentación, le ayudaba con vestidos a la niña que hoy se llama Orfa o Rosa de Jesús, y cuando también la señora Nilda tenía necesidad, ella me pedía el favor que si iba allá donde Eduardo que le mandara alimentación para la niña, y cuando se enfermaba también le mandaba remedios, de esto hace unos 38 ó 40 años ... Nilda con Eduardo tuvo dos hijos, Orfa y José David, y creo que Eduardo los reconocía como hijos puesto que él les daba alimentación y velaba por ellos; allá en Yarumal, sabían muchas personas que esos muchachos eran hijos de Eduardo y Nilda ... él la visitaba muy frecuentemente a horas del día y momentos de la noche, a veces estaba yo por afuera de mi casa y lo veía entrar y otras veces me decía ella o sea Nilda, me decía Eduardo vino anoche o no vino ... El padre de Orfa es Eduardo Pérez, lo sé por este motivo, claro que uno los hechos materiales no los ve, pero no creo que un hombre vaya a ponerse a darle el sustento a un hijo, nada más que porque sí ... Eduardo Pérez le ayudaba doctor, con los útiles, con los uniformes, y con alimentación ... Yo recuerdo también como que fuera hoy que decían que Nilda era una mujer muy de buenas, que ella como era una negrita tan feita, haberse conseguido ese muchacho tan querido ... Que sepa yo, y de los hijos que yo le conocí a Nilda Vélez, Orfa y Danilo y los padres de ellos Eduardo Pérez y Nilda Vélez ... Yo digo que los padres de Orfa y Danilo es Eduardo Pérez y Nilda Vélez, porque cuando yo llegué a vivir cerca de ella, yo no le conocía más niños a ella ... A mi misma me tocaba, yo personal iba o mejor venía donde Eduardo Pérez, le mandaba mercado y plata en efectivo ... Yo prácticamente no era la mandadera de Nilda Vélez, lo que pasaba doctor era que a veces yo venía para la calle a hacer alguna vuelta para mí y yo me le ofrecía o ella pedía el favor”.

Jesús Fernández Correa (fls. 6 vto. Cd. 2º) dice: “A Rosa de Jesús u Orfa la conozco

de vista, a Leonilde la conocí desde que ella estaba chiquita, por ahí alrededor de cincuenta y cinco años, y a Eduardo Pérez, por ahí también hace cincuenta años y no tengo parentesco con ellos ... Tal vez en el 36 ó 37, casi no me mantenía aquí, sino que me mantenía andando, pero aproximadamente por esa época, Nilde y Eduardo eran amigos. Yo creo que debe ser una amistad íntima, por cuanto al no ser ellos familia, que él la estuviera visitando. Uno puede visitar una mujer como novia y tener más intimidades ... Oí decir que tuvo hijos, que yo recuerde que me dijeron de José Daniel o Danilo, dijeron que era de Eduardo; después al tiempo vine y tenía una niña, y también me dijeron que era de Eduardo ... Yo lo veía a (Eduardo) con sus vueltecitas, como yo vivía por allá, yo lo veía por allí, es mejor poner que no lo ví entrar a la casa de Nilde porque no recuerdo muy bien, Leonilde Vélez tenía una casita, una cuadra arriba del Liceo, y Eduardo rondaba por allí, que me haya dado cuenta esto fue después del 36 ... Alguna persona me dijo a mí que (Eduardo) le había dado orden a José Antonio Eusse que tenía una tienda en la esquina cerca a la casa de Leonilde, me comentó un señor Jaramillo, que Eduardo le había dado orden a Eusse que le despachara mercado a Leonilde. También me comentaron que Eduardo le mandaba ropa y droguita a Danilo, no sé si a Orfa también”.

Margarita Zapata. (fls. 49 Cd. 2º) dice: “Conozco a Rosa de Jesús Vélez, a ella le dicen Orfa pero es la misma persona, la conozco durante mucho tiempo, cuando la conocí ella tendría de nueve a diez años, yo la conocí antes de nacer, conocí a la mamá de ella, yo vivía en Yarumal (Ant.), y la madrina de bautismo de Orfa fue mi mamá adoptiva de nombre Claudina y yo fui la madrina de confirmación de Orfa, fuera de esto no tengo ningún parentesco con ella ... Conocí a Eduardo Pérez en el año de 1937, en Yarumal, trabajando en el almacén de Don Antonio Hoyos, luego en un almacén de su propiedad; fue muy amigo de María Leonilde, yo me dí cuenta de ello porque lo veía entrar a la casa de ella con mucha frecuencia, no recuerdo durante cuántos años fueron amigos ... Los hi-

jos de Eduardo fueron Orfa y Danilo y la madre Leonilde; él me pidió a mi y a mamá que cargáramos a Orfa, mi mamá fue la madrina de bautizo y yo la de confirmación . . . Eduardo mandaba mercado y droga para la casa de María Leonilde; él le mandaba las cosas a la niña, así la llamaba, a mi me tocó ver cuando le enviaba el mercado, éramos vecinas y yo estaba pendiente de la niña . . . Cuando Leonilde se fue, Eduardo nos dijo en la casa de que nos encargáramos de Orfa como familiarmente la llamábamos, él la llevó a mi casa porque éramos muy conocidos . . . Mientras conocí a Orfa y estaba estudiando, los útiles y el vestuario, se los suministraba Eduardo; me daba cuenta de ello porque vivíamos cerca a la casa de Leonilde . . . Eduardo mandaba cosas para mi casa, no para nosotras sino para Orfa, le mandaba víveres, retazos para hacerle batas y también mandaba remedios. Orfa llevaba dos años viviendo con nosotras . . . Yo conocí en Yarumal a (Eduardo), desde que estaba niño y hacía mandados, luego se enamoró de Leonilde que vivía cerca a mi casa”.

Teresa Emilia Muñoz (fls. 50 Cd. 2º) dice: “Conocí a María Leonilde Vélez, en Yarumal, la conocí cuando yo era amiga de Orfa, mientras salíamos juntas y yo iba mucho a la casa de ella, yo tendría unos diez años cuando la conocí, Orfa tendría unos nueve años . . . A Eduardo Pérez Zapata también lo conocí, a él lo conocí porque como Orfa y yo íbamos siempre juntas para todas partes, para la escuela, para misa, para todas partes; entonces él (Eduardo) nos esperaba cuando íbamos para la escuela al medio día en la falda del Dr. Hoyos; él (Eduardo) tenía un almacén de ropas; nosotras nos lo encontrábamos en la esquina, porque él siempre nos esperaba allí cuando subíamos a almorzar para darle él algo a Orfa; él siempre le daba veinte o treinta o cincuenta centavos; cuando íbamos de paseo le daba un peso; eso durante el tiempo que estudiamos, toda la primaria que duró cinco años, eso era diario . . . Eduardo Pérez y Leonilde sí tuvieron hijos, fueron dos, se llaman Danilo y Orfa, la que familiarmente llamamos Rosa. Di-

go que Orfa es hija de Eduardo y de Leonilde porque cuando nosotros nos encontrábamos con él una vez que Orfa se enfermó, él me preguntó a mi: ‘que dónde estaba su hija qué le pasó a mi hija’; yo le dije que estaba enferma . . . Don Eduardo siempre le daba a Orfa para sus estudios, vestido y alimentación; él también la puso a estudiar comercio donde Trina Posada; le pagó todo el estudio allá; la tía de Orfa tenía una fábrica de tabacos, donde yo trabajaba y Orfa también hacía tabacos, y don Eduardo se enteró y dijo que cómo era posible que su hija estudiara haciendo tabaco, que se fuera a estudiar donde doña Trina; él (Eduardo) iba y pagaba la mensualidad, yo lo ví personalmente pagando la mensualidad”.

Blanca Rosa Parra. (fls. 2 Cd. 3º) dice: “Conozco a Orfa, hace como treinta y cinco años, a Leonilde Vélez, también la conozco; yo trabajé en la fábrica de tabaco con ella, (Orfa); a Eduardo Pérez hace unos veinticinco años que lo conozco; soy amiga de ellos nada más. A Orfa la conozco desde chiquita y Eduardo yo le compraba mucha mercadería . . . Hace unos treinta o treinta y cinco años, una cosa así, la amistad entre Eduardo Pérez y Leonilde; él (Eduardo) subía allá y le daba plata a Orfa y a Danilo y a Leonilde le daba cortecitos para los muchachos. La amistad entre Eduardo y Leonilde; esa amistad era en que decían era una amistad íntima; decían que era el papá de los niños y en que él (Eduardo) subía muy constante allá; a mi me tocó muchas veces cuando iba a la casa de Nilde, donde muchas veces me tocó amanecer . . . El (Eduardo) les ayudaba para el estudio y para la primera comunión; les compraba los cuadernos los libros a los dos o sea a Orfa y Danilo. Para la primera comunión les dio los zapatos y de a corte para que mandaran hacer los vestidos, de esto me dí cuenta . . . Si visitaba la casa, cuando yo iba allá, él (Eduardo) iba a la casa de Nilde y conversaba con ella por ahí hasta las nueve o diez de la noche. Las visitas eran cada ocho días, de esto hace unos treinta y cinco años . . . Le pagaba la casa, pero no vivían bajo el mismo techo”.

Es conveniente recordar, finalmente, que son diferentes los requisitos que la ley exige para configurar la posesión notoria del estado de hijo legítimo (Art. 397 del C. Civil) y la de hijo extramatrimonial (Art. 6º de la Ley 45 de 1936).

Así, respecto del elemento *nomen*, no se requiere en esta última que el padre natural haya presentado a sus deudos, amigos y vecinos como hijo suyo a quien demanda la paternidad, seguramente porque la vida real enseña que la mayoría de los padres naturales ocultan o, al menos, disimulan los vínculos que pueden atarlos a su descendencia extramatrimonial, lo que nunca sucede con la progenie legítima. Pero si el padre presenta como tal al hijo concebido fuera del ámbito matrimonial, tal circunstancia fortifica la convicción que se deriva de haber proveído también a la subsistencia, educación o establecimiento del descendiente.

Y es saludable recordar que “no es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refieran siempre a actos posesorios que hayan durado por más de 5 años, pues, en el punto, basta que sumados los períodos menores a que aquellos digan relación, el total comprenda lapso mayor y continuo de 5 años. Tampoco se exige que los testimonios fidedignos expresen, explícitamente, que la duración de la posesión fue mayor de 5 años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todos los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir 5 años de edad el hijo que desde su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque aún no se haya iniciado su etapa escolar y menos la de su establecimiento. Basta en el particular que el padre, según las circuns-

tancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso puede ostentar, de tal manera que sirvan para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que ‘basta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparen de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas’ (G. J. CVI, 140)”.

Por lo expuesto ha de casarse la sentencia.

Sentencia de reemplazo:

Las consideraciones hechas atrás, dan sólida base para concluir que, por estar demostrada la posesión notoria del estado civil de hija extramatrimonial de Rosa de Jesús Vélez respecto de Eduardo Pérez Zapata, con fundamento en lo que disponen los artículos 1, 4 y 6 de la Ley 45 de 1936 y 9 de la 75 de 1968, ha de tenerse a éste como padre natural de aquella. Por tanto, se confirmará la sentencia apelada.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *Casa* la sentencia de 28 de junio de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, en su lugar, actuando como tribunal de instancia, *Confirma* la sentencia de primer grado proferida por el Juez Civil del Circuito de Yarumal, el 18 de enero de 1982.

Las costas de las dos instancias son por cuenta de la parte demandada.

Sin costas en casación.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

PROCESO DE PERTENENCIA

Requisitos para que la sentencia produzca efectos erga omnes. Los titulares de derechos reales registrados deben ser demandados en forma nominativa, y de no serlo, la sentencia que se dicte les es inoponible

PROCESO

Está afectado de nulidad cuando se inicia contra persona fallecida, por carecer ésta de capacidad jurídica, aunque se le emplace y se le nombre curador

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre ocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Girardo Zuluaga).

Se decide el recurso extraordinario de revisión propuesto por *Flor Rodríguez Plata viuda de Lesmes e Isabel Rodríguez Plata, como herederas* de Juan de Dios Mosquera, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de junio de 1980, al desatar la segunda instancia del proceso ordinario de pertenencia que promoviera *Julia Rojas de López* contra *Juan de Dios Mosquera*.

I

El Litigio

1. En demanda que fue admitida por la Corte mediante auto del 21 de septiembre de 1982, las mencionadas *Flor e Isabel*, en la condición ya expresada, convocaron a este proceso de revisión a *Julia Rosa* y a *Miguel Angel Garcés*, para que se declarase la nulidad del dicho proceso de pertenencia a partir del auto admisorio de la demanda, por haberse incurrido en las causales de nulidad contempladas en los nu-

merales 8 y 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

2. Como hechos fundamentales de su pretensión revisoria, las recurrentes manifestaron que *Julia Rosa* Promovió, ante el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá y mediante libelo presentado el 29 de noviembre de 1978, demanda en que citó a juicio a *Juan de Dios Mosquera* para que, con su audiencia, se la declarase dueña, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, del inmueble marcado con el No. 18-18 de la calle 19, hoy Avenida 19, de Bogotá, bien singularizado como se dice en el hecho primero de la demanda introductoria de este proceso; que el demandado *Mosquera* fue emplazado, pues *Julia Rosa* afirmó ignorar el lugar de su residencia; que en el mismo edicto emplazatorio en que se llamó a *Mosquera* para que se apersonara en el proceso, se citó a las personas indeterminadas que se creyeran con derechos sobre el bien objeto de usucapión; que como el demandado no compareciera, el Juzgado designó al doctor *Miguel Angel Garcés* como curador *ad litem* de todos los emplazados; que por sentencia de 4 de diciembre de 1979, el Juzgado coronó la primera instancia con sentencia estimatoria de la prescripción, la que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, me-

dante su fallo del 18 de junio de 1980, que quedó en firme el 5 de julio siguiente.

Especial énfasis hacen las recurrentes en que Juan de Dios Mosquera estaba imposibilitado para comparecer al proceso de pertenencia, pues había fallecido desde el 14 de julio de 1974, es decir, más de cuatro años antes de que se promoviera ese proceso; que, por ende, la demanda debía haberse presentado no contra él, sino contra sus herederos que eran los que, a la sazón, tenían capacidad para ser parte; que al haberse violado de ese modo el derecho de defensa, se quebrantó el artículo 152-8 del Código de Procedimiento Civil.

Precisan luego las recurrentes que la prescribiente Julia Rosa tenía conocimiento de que Juan de Dios había muerto y, además, sabía quiénes eran sus herederos, puesto que el 3 de marzo de 1973 el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, que conocía del proceso de sucesión de aquel, practicó el secuestro del inmueble que fue luego materia de la declaración de pertenencia; que posteriormente, el 12 de diciembre de 1979, se practicó otra diligencia de secuestro. Finalmente, dicen las recurrentes que el emplazamiento de Mosquera también quedó mal hecho, pues no se enviaron los avisos que ordena el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

3. Luego de aceptada la caución que prestaron las recurrentes para lo que indica el artículo 383 *ibídem* y después de que la Corte recibiera el expediente que contiene el proceso de pertenencia, la demanda de revisión se admitió por auto del 21 de septiembre de 1982 que fue notificado personalmente a los demandados. Sólo la demandada Julia Rosa dio respuesta al libelo. En la contestación asevera que "no le consta cuándo murió Juan de Dios Mosquera" y que, además, no lo conoció en vida; que tampoco tenía conocimiento sobre quiénes son los herederos de éste, por lo cual no podía haber dirigido contra ellos la demanda de prescripción; que, de otro lado, ella no estuvo presente cuando se practicó el secuestro el 3 de marzo de 1976, ni nadie le informó de lo ocurrido; que por no haberse dado aplicación a lo que se dispone en el artículo 579-1 del Có-

digo de Procedimiento Civil, el inmueble continúa secuestrado; que los herederos sabían que ella estaba poseyendo el bien raíz litigado, pues en la diligencia de 12 de diciembre de 1979, se dejó constancia de su posesión, por lo cual habrían podido hacerse parte en ese proceso. La demandada propuso la excepción de pleito pendiente.

Oportunamente se decretaron y practicaron las pruebas pedidas por las partes y vencido el ciclo probatorio, se les dio traslado para que presentaran sus alegaciones.

4. Como no se advierte vicio que pueda generar la nulidad de la actuación, la Corte procede a decidir el recurso extraordinario de revisión, previas las siguientes *consideraciones*:

Primera: Los presupuestos del proceso están reunidos, pues la demanda introductoria es idónea por cumplir los requisitos generales propios de toda demanda (art. 75 del C. de P. Civil) y, además, los especiales que debe contener la demanda en que se formule el recurso de revisión (artículo 382 *ibídem*); la Corte tiene competencia para conocer de este proceso, porque en él se intenta la revisión de sentencia pronunciada por un tribunal (art. 25-2 *ibídem*); las partes en litigio, por ser individuos de la especie humana, mayores de edad, capaces, representados por competentes profesionales del derecho, no solo tienen capacidad para ser parte, sino también para comparecer por sí mismos al proceso.

Fuera de lo anterior, los contendientes están legitimados, por activa y por pasiva, para promover y afrontar esta causa de revisión, pues los demandados son personas que fueron parte en el proceso de pertenencia, y los demandantes acreditaron su interés en la revisión por ser herederos de Juan de Dios Mosquera.

Segunda: Se pretende aquí la revisión de la sentencia del 18 de junio de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la dictada por el Juez 18 Civil del Circuito, mediante la cual declaró que por haberlo ganado por prescripción extraordinaria,

pertenece a Julia Rosa Rojas de López el inmueble situado con frente a la Avenida 19 de esta ciudad capital, distinguido con el No. 18-18 y sigularizado como allí se expresa.

El recurso de revisión se apoya en la causal séptima (art. 380-7 ibídem), es decir, en haber faltado la notificación o el emplazamiento de los recurrentes.

Tercera: La excepción de pleito pendiente, propuesta por la demandada Julia Rosa, se hace consistir en que dentro del proceso de sucesión de Juan de Dios Mosquera, por dos ocasiones, se ha secuestrado el inmueble que fue sujeto materia de la declaración de pertenencia y aún permanece secuestrado, por lo que el "predio se halla trabado en esa litis" y la demanda "pendiente de la determinación que el aludido Juzgado 15 Civil del Circuito adopte sobre este particular".

Cuarta: Con las pruebas pedidas oportunamente y aducidas en forma legal quedaron probados plenamente los siguientes hechos:

1º Cuando Juan de Dios Mosquera fue demandado de modo nominativo y así mismo emplazado, hacía más de cuatro años que había dejado de existir. En efecto, la demanda de pertenencia, presentada el 29 de noviembre de 1978, fue dirigida contra él, como si estuviera vivo, y de la misma manera se le emplazó en el mes de abril de 1979 (folios 7 a 20 del proceso de pertenencia). Y con la fotocopia del acta de defunción de Juan de Dios, visible al folio 4 del cuaderno principal, se acredita que éste había dejado de existir desde el 14 de julio de 1974.

2º El proceso de sucesión de Juan de Dios Mosquera se declaró abierto y radicado en el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto del 21 de noviembre de 1974, como se ve en la copia del folio 2.

3º En la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, como se acreditó con el certificado de registro que Julia Rosa adujo con su demanda de pertenencia, Juan de Dios Mosquera aparecía como propietario inscrito del inmueble que aquella alegaba haber usucapido. El

mismo Mosquera figuraba por dos veces en la lista del Directorio telefónico de Bogotá como lo certificó el secretario en el proceso de pertenencia (fl. 14 vto.), y, además, como lo confesó Julia Rosa en el interrogatorio que absolvió ante la Corte (fl. 1 del cuaderno 2º), a su nombre venían las cuentas de los servicios de agua y luz del bien usucapido.

4º Confesó también la demandada, de manera paladina, que "no hizo ninguna diligencia" para averiguar dónde vivía Juan de Dios Mosquera, ni averiguó con sus vecinos sobre la existencia del mismo.

5º Actualmente, en el proceso de sucesión de Juan de Dios Mosquera, continúa secuestrado el inmueble, materia de la declaración de pertenencia (fl. 43 del Cdno. 2º), el que por primera vez fue objeto de la medida cautelar en el año de 1976, como se ve en la diligencia practicada por el Juzgado 16 Civil Municipal de Bogotá por comisión del 15 del Circuito (fls. 44 y 45 del cuaderno 2º).

Quinta: Como quiera que el principio de inmutabilidad y definitividad de los fallos debe ceder solamente en los contadísimos eventos en que la seguridad jurídica debe ser sacrificada para no arrasar inmisericordemente la justicia que resplandece o el derecho de defensa pisoteado, el legislador consagró el recurso de revisión, que es típicamente extraordinario, pues sólo puede presentarse contra ciertas sentencias y con exclusivo apoyo en alguna de las nueve causales que detalla el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, una de las cuales, la séptima, se presenta cuando el recurrente se encuentra en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, hechos que, en el artículo 152 ibídem, se han consagrado como causales de nulidad del proceso civil, siempre que el vicio no haya sido saneado.

La norma últimamente citada dispone que "el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

-
-

"8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado del auto ad-

misorio de la demanda, o su emplazamiento.

... ..”

Esta precisa nulidad, como lo dispone expresamente el artículo 154 de la misma obra, podrá alegarse mediante recurso de revisión por la parte que no fue legalmente notificada o emplazada.

Sexta: Ahora bien, como la capacidad que todos los individuos de la especie humana tienen para ser parte de un proceso está unida a su propia existencia, como la sombra al cuerpo que la proyecta, es palmario que una vez dejan de existir pierden su capacidad para promover o afrontar un proceso. Y ello es apenas lógico, porque la capacidad de los seres humanos para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir su capacidad jurídica, atributo determinante para que, en el mundo del derecho, pueden ser catalogados como “personas”, se inicia con su nacimiento (art. 90 del C. Civil) y termina con su muerte, como lo declara el artículo 9º de la Ley 57 de 1887.

Los individuos de la especie humana que mueren, ya no son personas. Simplemente lo fueron, pero, ahora, no lo son.

Sin embargo, como el patrimonio de una persona difunta no desaparece con su muerte, sino que se transmite a sus asignatarios, es evidente que sus derechos y obligaciones transmisibles pasan a sus herederos, quienes, como lo estatuye el artículo 1155 del Código Civil “representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”.

Es pues el heredero, asignatario a título universal, quien, en el campo jurídico, pasa a ocupar el puesto o la posición que, respecto a sus derechos y obligaciones transmisibles tenía el difunto. Por tanto, es el heredero quien está legitimado para ejercer los derechos de que era titular el causante y, de la misma manera, está legitimado por pasiva para responder por las obligaciones que dejó insolutas el de cuius.

Como los muertos no son personas, no pueden ser demandantes ni pueden ser

demandados. Carecen de capacidad para ser partes.

Tal la razón para que si un litigante fallece en el curso del trámite de la causa, el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil disponga que el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el curador de la herencia yacente, según el caso. Y por el mismo motivo, el artículo 168 ibidem estatuye que el proceso se interrumpe por muerte de una parte, y que durante la interrupción no podrá ejecutarse ningún acto procesal, con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento. Ocurrida la muerte se debe proceder entonces a citar, según fuere el caso, al cónyuge, a los herederos, al albacea con tenencia de bienes o al curador de la herencia yacente, para que se apersonen en el proceso (art. 169 ibidem).

La sanción para los actos procesales que se realicen después de ocurrida la muerte y antes de que sean citadas las personas ya dichas, es la nulidad (art. 152-5 del C. de P. Civil).

Con tanto más razón si se inicia un proceso frente a una persona muerta, la nulidad de lo actuado debe ser la sanción para ese proceder, pues el muerto, por carecer ya de personalidad jurídica, no puede ser parte en el proceso. Y aunque se le emplazce y se le designe curador ad litem, la nulidad contagia toda la actuación, pues los muertos no pueden ser procesalmente emplazados, ni mucho menos representados válidamente por curador ad litem.

Y como cuando los asignatarios a título universal por causa de muerte han aceptado la asignación, los legitimados para ejercer los derechos de que era titular el difunto son ellos, herederos del de cuius, y también los legitimados para responder por las obligaciones transmisibles de su causante, resulta palmario que la sentencia que se obtenga en proceso adelantado directamente con el difunto y sin la debida citación de sus herederos, es fallo que está contagiado del vicio de nulidad por falta de citación o emplazamiento, hecho constitutivo de la causal séptima de revisión.

Séptima: Pero es más: cuando el artículo 413-11 del Código de Enjuiciamiento Civil declara que, en procesos de declaración de pertenencia, la sentencia estimatoria, una vez en firme, tiene efectos erga omnes, con ello no está estatuyendo que en todos los actos ese fallo tenga efectos absolutos, que valga frente a todo el mundo. Para que esa sentencia quede por fuera del ámbito de la relatividad de los fallos judiciales, principio que constituye la regla general en este tema, se requiere, entre otros requisitos, que quien sea titular de derechos reales sujetos a registro sobre el bien materia de la declaración de pertenencia, haya sido demandado de modo nominativo, que la demanda se haya dirigido contra él y que el auto admisorio de la misma le haya sido notificado legalmente, pues de otra manera, el fallo no le es oponible.

Así como es cierto que la ley, para facilitar que el usucapiente pueda obtener la declaración de pertenencia lo legitima para demandarla, del mismo modo le exige que su pretensión se ventile con citación nominativa de quienes tengan derechos reales sobre el bien materia de usucapición (art. 413-5) y que, además, sean emplazados todos los que se crean con derecho sobre el mismo (art. 413-6). Los titulares de aquellos derechos reales ya registrados no pueden, pues, ser citados por la vía del emplazamiento general, y la demanda necesariamente debe dirigirse contra ellos nominalmente. Esta la razón para que la Corte haya expresado que el curador ad litem que se nombra a las personas indeterminadas a que hace referencia el artículo 413 citado, regla 8, no puede representar válidamente a quienes sean titulares de derechos reales registrados, pues ellos no son, de un lado, personas indeterminadas sino personas ciertas, y, de otro, deben ser llamados nominalmente al proceso (artículo 413,5), y no por la vía del emplazamiento general, como si fueran seres inciertos.

No procediéndose así, sería desmesurado contrasentido que la ley le diera efectos erga omnes a una sentencia alcanzada con desmedro notorio del derecho de defensa mediante procedimientos reñidos con el principio de la lealtad y tocados de engaño y de mala fe, a espaldas de los titulares de

derechos reales indiscutibles. La ley ni los jueces pueden tornarse en cómplices complacientes de artimañas disfrazadas de legalidad, que quienes se escudan en la simple letra fría de la ley con rudo quebranto de su espíritu que clama contra esos proceder vituperables.

La regla 11 del apuntado artículo 413 no puede seguir sirviendo como rey de burlas, como comodín para amparar a quienes por carecer de un derecho sólido o por el temor de ser vencidos por los titulares de derechos reales registrados, o por eludir la oposición que éstos puedan formular, esquivan al máximo el llamamiento nominativo de los demandados y se abrigan al amparo de la citación edictal que solo puede tener eficacia frente a personas indeterminadas, mas no frente a las que tengan derechos reales registrados, pues estos son personas ciertas que deben ser convocadas por su nombre y apellido.

Con razón sobrada dispone el penúltimo inciso del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil:

“En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

“La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

A quien no fue demandado nominalmente, debiendo serlo, no le es, pues, oponible la sentencia de declaración de pertenencia.

Esta es tesis que ha pregonado la Corte en sentencias que son muchedumbre; en la dictada el 30 de noviembre de 1978, por ejemplo, dijo lo siguiente:

“g) Siendo de imperativo cumplimiento el precepto que ordena dirigir la demanda de pertenencia contra quien figure como titular de un derecho real principal sobre el bien objeto de aquella, resulta patente y justo que no puede emplazarse como a persona indeterminada a quien demuestra ser titular del derecho de dominio pleno, pues por la vía de los edictos sólo pueden ser llamadas al proceso las personas inciertas que eventualmente puedan tener derecho o se crean con él sobre el bien

que el demandante alega haber ganado por usucapión.

"Lo anterior da pie para sostener con firmeza que el curador ad litem que, llegado el momento, debe nombrarse para que lleve la representación de las personas indeterminadas que fueron emplazadas, no tiene la representación de quien, en los libros de registro de la oficina de instrumentos públicos, aparece como titular de derechos reales principales sobre el bien raíz objeto de la declaración de pertenencia". (Sentencia en recurso extraordinario de revisión promovido por Ramón Atehortúa Alzate frente a Personas indeterminadas, aún no publicada).

Octava: Descendiendo al caso litigado se tiene que Julia Rosa Rojas de López, no obstante que las cuentas por servicios de luz y agua del inmueble cuya declaración de pertenencia se hizo a su favor, venían a nombre de Juan de Dios Mosquera; a pesar de que éste figuraba en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos como el poseedor inscrito de ese bien, y sin embargo de que el mismo Mosquera aparecía doblemente inscrito en el Directorio telefónico de Bogotá y, finalmente, sin importarle que, dentro del proceso de sucesión del mismo, se realizaran dos diligencias de secuestro del inmueble, como lo confesó llanamente en el interrogatorio que absolvió ante la Corte, ninguna gestión hizo para comunicarse con aquel, para averiguar si estaba vivo o había fallecido o para indagar en qué sitio residía. Sin importarle, entonces, la situación jurídica de Mosquera, lo demandó como si estuviera vivo, siendo que hacía más de cuatro años que había dejado de existir, hecho que con la más leve gestión se hubiera podido descubrir.

En tales circunstancias es apenas lógico y equitativo concluir que, por notoria negligencia de Julia Rosa Rojas de López, que raya en mala fe, dejaron de ser citados al proceso de pertenencia los herederos del poseedor inscrito Juan de Dios Mosquera, con lo que, evidentemente, se conculcó su derecho de defensa, episodio que constituye nulidad del proceso a voces del artículo 152-8 del Código de Procedimiento

Civil y que, de contragolpe, se torna en la causal séptima de revisión, según lo dispone el artículo 380-7 de la misma obra.

Está, pues, acreditada la causal de revisión invocada como apoyo de la demanda.

Novena: La parte demandada en el recurso extraordinario propuso la excepción de pleito pendiente, fundándose en que el inmueble usucapido está secuestrado actualmente en el proceso de sucesión de Juan de Dios Mosquera y que aún no se ha definido esa traba.

Basta considerar que lo discutido en el proceso de revisión nada absolutamente tiene que ver con el dominio, la posesión o la mera tenencia del bien usucapido, para concluir que, ni por asomo, el hecho invocado podría constituir la excepción de pleito pendiente, por lo que esta defensa no puede prosperar.

De todo lo expuesto se concluye que ha de procederse como lo manda el artículo 384 del C. de P. Civi.

Resolución:

A mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara fundado el recurso de revisión propuesto por Flor Rodríguez Plata viuda de Lesmes e Isabel Rodríguez Plata, como herederas de Juan de Dios Mosquera contra la sentencia del 18 de junio de 1980, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de pertenencia suscitado por Julia Rosa Rojas de López frente a Juan de Dios Mosquera.

En consecuencia, declara la nulidad de todo lo actuado en ese proceso de pertenencia.

Comuníquese lo aquí resuelto al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá para que cancele la inscripción que hizo de la sentencia revisada.

Cancélese la caución prestada y dése aviso de ello a la compañía aseguradora.

Condénase a Julia Rosa Rojas de López a pagar a las recurrentes las costas de este recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Juzgado de origen el proceso de pertenencia.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe. Humberto

Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA

La materia está regulada completamente por el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Requisitos para la interversión del título de mero tenedor en poseedor; deben probarse

DECLARACION DE RENTA

Tutela de su privacidad en materia posesoria

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entrase a desatar el recurso de casación interpuesto por la sociedad *Francisco José Sinisterra y Compañía Limitada* contra la sentencia del 20 de agosto de 1982, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al concluir la segunda instancia de este proceso ordinario que la sociedad recurrente promovió contra los herederos de Mercedes Sinisterra y otros.

I

El Litigio

1. En demanda admitida por auto del 17 de julio de 1980, proferido por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Buga, la sociedad, en liquidación, que gira bajo el nombre de Francisco José Sinisterra y Compañía Limitada llamó a proceso ordinario a Carlos Guillermo, Ana Elena, Eugenia María, Aura, Carlos Alberto y Blanca Sinisterra; a José Tomás, Germán, Leonardo Octavio y Guido Cabal; a Antonio y Leonardo Garcés; a Rita e Isabel Sinisterra y a María Teresa, Luis F., Hernán, María del Socorro, Mónica y Carlos Alberto Escobar, en su calidad de herederos de Mercedes Sinisterra Concha; además, fue-

ron llamados al proceso Elvira Sinisterra viuda de Cuervo como “vinculada al proceso de sucesión de Mercedes Sinisterra”, y las personas indeterminadas que se crean con derecho en el inmueble que adelante se indica.

En la demanda se instaura la “acción especial de pertenencia acumulada con acción reivindicatoria” sobre el predio “San Juanito” que allí se singulariza de modo competente. Tanto en el poder conferido por la gerente de la sociedad demandante como por el liquidador de la misma, expresamente se alude a esas dos acciones, pues el poder se confiere para que se declare la usucapión de ese fundo rústico y se decrete su reivindicación.

2. Como hechos fundamentales de sus pretensiones, la demandante afirma que desde 1964, la sociedad Francisco J. Sinisterra e Hijos Limitada “subordinó a su patrimonio y actividad social, mediante actos positivos de uso, goce y transformación de manera intencional” el inmueble que reivindica, el que tiene área de 54 hectáreas y 4.000 metros cuadrados; que este bien fue aportado, en mayor extensión, a la memorada sociedad por Francisco José Sinisterra, como consta en la escritura No. 607 corrida el 27 de febrero de 1964 ante el Notario 2º de Cali; que ese predio lo explotó económicamente la sociedad en actividades ganaderas y agrícolas, para lo cual entre otras obras tuvo que construir

un jarillón para defenderlo de las avenidas del río Cauca; que uniendo a su posesión la que sobre el mismo fundo tuvo su aportante, se tiene un lapso mayor de 20 años; que a raíz de la muerte de Francisco José Sinisterra, acaecida en Cali el 5 de junio de 1969, los socios de la sociedad demandante convinieron su modificación para llamarla desde entonces Sucesores de Francisco J. Sinisterra e Hijos Limitada y para que ingresara como socia la viuda de aquel, Elvira Vergara de Sinisterra; que la mencionada posesión se extendió hasta el 14 de abril de 1980, fecha en que, por orden judicial, el predio poseído se entregó a la sucesión de Mercedes Sinisterra, hermana del fallecido Francisco J., pues en el proceso de lanzamiento promovido por el albacea de Mercedes contra Sucesores de Francisco José Sinisterra e hijos limitada, de quien predicó la calidad de arrendataria de la causante Mercedes, se decretó el lanzamiento de la sociedad demandada y la restitución del predio a la arrendadora; que, finalmente, Sucesores de Francisco J. Sinisterra e Hijos Limitada "tiene pleno derecho a que se reconozca su situación de dominio sobre el predio 'San Juanito', adquirido tanto por medio de la tradición como por medio de la usucapión".

3. El curador *ad litem* que se designó a las personas indeterminadas que fueron emplazadas y a otros demandados que no comparecieron, dio respuesta al libelo limitándose a no acoger los hechos de éste; por el contrario, el apoderado de los demás demandados, manifestó expresamente su oposición a las pretensiones de la sociedad demandante.

4. La primera instancia finalizó, después de un amplio debate probatorio, con sentencia del 5 de octubre de 1981, en que se deniegan las declaraciones solicitadas en la demanda y se absuelve a los demandados, con costas a cargo de la sociedad actora. Apelada esta decisión por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga la confirmó por medio de su fallo del 20 de agosto de 1982, contra el que la misma sociedad apelante interpuso el recurso de casación que ahora se está decidiendo.

II

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

En 8 capítulos expone el *ad quem* los fundamentos de su fallo desestimatorio, que confirma íntegramente el del *a quo*.

En el primero, el fallador hace muy interesantes consideraciones sobre la usucapión y la habilidad de las personas morales para usucapir; en el segundo, estudia concretamente la prescripción ordinaria y hace hincapié en que ésta requiere posesión regular, la que a su vez demanda justo título y buena fe inicial.

Al descender al caso litigado aquí, dice:

"Si al constituirse una sociedad de responsabilidad limitada, de carácter 'familiar', un socio que pasa a constituirse en órgano como gerente, aporta un inmueble o parte de él, que sabe que no le pertenece, porque es de su hermana, y porque así lo determinan documentos que no puede ignorar, entonces no puede hablarse de buena fe de la sociedad en el momento inicial, pues que no solo el gerente, sino la Asamblea General, sabía perfectamente que el bien era ajeno. En este sentido los órganos de la sociedad comprometen a ésta, de conformidad con lo expuesto anteriormente".

De lo anterior concluye que no habiendo existido buena fe inicial de parte de la sociedad demandante, no puede darse la prescripción ordinaria.

En el capítulo tercero, el fallador expresa que un poseedor puede sumar a la suya la posesión del antecesor, pero con sus calidades y vicios (artículos 778 y 2521 del C. Civil) y que como el "lapso de tiempo" no muda la mera tenencia en posesión, es claro que si un socio aporta como suyo el inmueble que hasta entonces ha tenido como arrendatario, la sociedad prescribiendo no puede sumar a su posesión el tiempo en que el socio detentó el bien, porque él no era poseedor (artículos 777, 791, y 2531), con la precisión de que un título de mera tenencia hace presumir la mala fe, con la sola excepción consagrada en el artículo 2531-3º del Código Civil.

En el capítulo cuarto, el sentenciador sostiene que la reserva impuesta sobre las declaraciones de renta y patrimonio está dirigida únicamente a las que reposan en las oficinas de la División de Impuestos Nacionales, pero no a las que las partes aportan a un proceso, como cuando las trasladan de otro en que se hicieron públicas. "Por lo tanto, dice el tribunal, si en la susodicha declaración aparece que un trahente de un inmueble, antes del acto de enajenación, era un simple arrendatario, tal constancia debe surtir todos los efectos legales en contra de los sucesores, máxime cuando en el proceso de donde fue trasladada la prueba se ordenó tenerla como tal sin que la parte interesada interpusiera recurso contra el respectivo auto que quedó en firme y no formó parte de una actuación anulada".

En el capítulo quinto, el *ad quem* sostiene que el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil que reemplazó a la Ley 120 de 1928 determina que está legitimado para impetrar la declaración de pertenencia todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción ordinaria o extraordinaria, sin que la norma exija en ninguna parte que el usucapiente, "al momento en que entable la demanda, esté poseyendo materialmente el bien". Luego precisa: "hay que tener presente que antes de la Ley 120 de 1928, hoy refundida en el artículo 413, ya citado, no podía ejercerse la acción de pertenencia para obtener la declaración respectiva de dueño, sino que la prescripción se ejercía como excepción".

Finalmente, dice el Tribunal que para ejercitar la acción reivindicatoria no se requiere que previamente se haya obtenido la declaración de pertenencia, pues bien pueden ser acumuladas la pretensión de declaración y la reivindicatoria o ejercitarse ésta sola por quien ya ganó el bien por prescripción.

En el capítulo sexto, el Tribunal expresa que en proceso anterior, ventilado entre las mismas partes que aquí contienden, la sociedad ahora demandante fue condenada a restituir el predio que se dice usucapido, por haberse terminado el contrato de arrendamiento sobre el mismo. Por

tanto, ahora no es posible tener como poseedor a quien en el anterior proceso se calificó de arrendatario, porque la sentencia, que hace tránsito a cosa juzgada, está en firme, y porque, además, la sociedad ahora demandante, cuando fue demandada en lanzamiento no propuso la excepción de prescripción, que, de otro lado, no puede ser reconocida de oficio por el Juez, por lo cual precluye el derecho a alegarla posteriormente como acción, ya que "sería inaceptable que luego la ejerciera como acción para tratar de enervar lo que debió combatir en el proceso de lanzamiento".

En el capítulo séptimo, se compendian las razones expuestas en los capítulos anteriores.

Y ya para terminar, en el capítulo octavo, el fallo dice que si la sociedad demandante no acreditó en especial su derecho a que se le considere dueña por usucapión del predio "San Juanito", tampoco puede acogerse la acción reivindicatoria que presupone que el demandante acredite derecho de dominio sobre lo que reivindica.

III

La demanda de casación

En extenso escrito, la sociedad recurrente formula cinco cargos contra la sentencia que se resumió antes, todos fundados en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Como los cinco ataques presentan un mismo defecto de técnica, serán despachados en conjunto, y al compendiarlos sólo se hará referencia a su enunciación, mas no al desarrollo de cada uno de ellos.

Cargo primero. En este se denuncia la comisión de yerros evidentes de hecho en la estimación tanto de la prueba documental como de la testimonial, a consecuencia de lo cual se produjo el quebranto, por falta de aplicación, de los artículos 673, 753, 762, 764, 765, 768, 769, 791, 946, 981, 2512, 2518, 2527, 2528 y 2529 del Código Civil, y 98 y 99 del Código de Comercio, y, por aplicación indebida, los artículos 633, 639, 640, 770, 775, 777, 780 y 2526 del Código Civil.

Cargo segundo. Aquí censúrase la sentencia recurrida por haber cometido error de derecho en la valoración de la sentencia proferida por el Juez 1º Civil Municipal de Buga, en el proceso de lanzamiento y las declaraciones de renta y patrimonio de Francisco J. Sinisterra y Mercedes Sinisterra, correspondientes a los años gravables de 1959, 1964 y 1965, error que llevó al Tribunal a infringir, de manera indirecta y por falta de aplicación, los artículos 673, 763, 762, 764, 765, 768, 769, 791, 946, 981, 2512, 2518, 2527, 2528 y 2529 del Código Civil y los artículos 98 y 99 del Código de Comercio. Agrega el recurrente que “la sentencia impugnada incurrió en protuberantes errores de derecho en la interpretación y aplicación de los artículos 332 y 333, 264 del Código de Procedimiento Civil, así como de los artículos 194, 195, 200 y 201” de la misma obra.

Luego precisa el recurrente que no pretende alegar aquí la causal quinta de casación, sino la primera, por existir error de derecho “en la apreciación de la prueba”.

Cargo tercero. Está formulado así:

“Acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de violar en forma directa precisas normas de derecho sustancial tal como lo establece el inciso 1º numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, al incurrir en error *in judicando* en la interpretación del artículo 17 del Código Civil Colombiano y de los artículos 331, 332 y 333 del Código de Procedimiento Civil; al incurrir en error *in judicando* que lo llevó a inaplicar los artículos 673, 753, 762, 764, 765, 768, 769, 791, 946, 981, 2512, 2518, 2527, 2528, 2529 del Código Civil y los artículos 98 y 99 del Código de Comercio y a aplicar indebidamente los artículos 633, 639, 640, 770, 775, 777, 780 y 2528 del Código Civil”.

Cargo cuarto. Alega el censor que el Tribunal a consecuencia de error de derecho en que incurrió “en la estimación de la prueba indiciaria, al considerar como constitutivos de indicios hechos que no

estaban plenamente acreditados, malinterpretó los artículos 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil; y que también por el error de derecho que cometió en la estimación de la prueba documental, trasladada del proceso anulado de prescripción que instauró Elvira Vergara viuda de Sinisterra, por interpretación equivocada de los artículos 158 y 279 del Código de Procedimiento Civil, llegó a violar, de manera indirecta y por falta de aplicación, los artículos 673, 753, 762, 764, 765, 768, 769, 791, 946, 981, 2512, 2518, 2527, 2528 y 2529 del Código de Procedimiento Civil y, por aplicación indebida, los artículos 633, 639, 640, 770, 775, 777, 780 y 2528 del Código Civil.

Cargo quinto. Está enunciado así:

“Con base en lo dispuesto por el inciso 2º del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, causal primera del recurso de casación, acuso la sentencia del Juez *ad quem* de infringir por la vía indirecta normas de derecho sustancial como consecuencia de manifiestos errores de hecho en la estimación de la prueba testimonial y en la estimación de la prueba documental, yerros que condujeron al sentenciador a inaplicar los artículos 669, 673, 753, 762, 764, 768, 769, 770, 778, 981, 946, 2512, 2518, 2521, 2527, 2531 del Código Civil Colombiano, el artículo 1º de la Ley 200 de 1936 y el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 y aplicar indebidamente los artículos 633, 639, 640, 775, 777, 778 del Código Civil Colombiano.

“La decisión del Juez *ad quem* se basó en el examen de los siguientes medios probatorios: en primer lugar de la prueba documental que lo llevó a considerar probada la existencia de un contrato de arrendamiento entre Francisco J. Sinisterra Concha y Mercedes Sinisterra Concha desde el año de 1959 con relación al predio San Juanito, suposición de prueba inexistente en el proceso y de la cual derivó el fallador que Francisco J. Sinisterra era un mero tenedor del predio *sub iudice*, calidad que traspasó a la sociedad Francisco J. Sinisterra e Hijos Limitada cuando en el año de 1964 aportó el inmueble a esa

firma. En segundo lugar el examen de la prueba testimonial, ocho declaraciones de terceros, que lo llevaron a considerar que Francisco J. Sinisterra no ejecutó en el predio San Juanito actos dispositivos, actos de dominio que configuraran la plena explotación económica de la tierra *sub iudice* con ánimo de señor y dueño y así mismo que la sociedad Francisco J. Sinisterra e Hijos Compañía Limitada, primero, y Sucesores de Francisco J. Sinisterra & Compañía, después, inexploraron el predio con actos de dominio para ser acreedores a la prescripción extraordinaria. En este sentido hubo preterición evidente del contenido de la prueba testimonial.

“Sin estos errores de hecho el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga hubiera decretado que Francisco J. Sinisterra & Compañía —*en liquidación*— había cumplido con las exigencias que prevé la ley para adquirir el predio San Juanito por prescripción extraordinaria”.

IV

Consideraciones de la Corte

1. Desde luego que por expresa disposición del artículo 698 del Código de Procedimiento Civil fueron derogadas las Leyes 120 de 1928 y 51 de 1943, desde el 1º de julio de 1971 la norma de derecho positivo que legitima para pedir la declaración de pertenencia de un bien a quien pretenda haberlo adquirido por prescripción ordinaria o extraordinaria, es el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Esta norma no solamente señala las personas que pueden demandar la citada declaración de pertenencia (usucapiente, así sea comunero, y los acreedores de aquel) sino que determina los casos específicos en que no procede hacer la declaración mencionada y hace precisiones sobre el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que debe aducirse con la demanda, sobre la obligación del Juez de ordenar el emplazamiento de quienes se crean con derechos sobre el respectivo bien, sobre requisitos que debe cumplir el edicto emplazatorio y otros muchos puntos importantes.

Puede afirmarse, pues, que, en la actualidad, la materia de la declaración de pertenencia está regulada completamente por el mencionado artículo 413.

2. En la demanda introductoria de este proceso presentada el 4 de julio de 1980, se instaura, como allí se lee: “acción especial de pertenencia acumulada con acción reivindicatoria”; si en el auto de 17 de julio de 1980, dictado por el Juez 1º Civil del Circuito de Buga, se admitió “la demanda ordinaria de pertenencia acumulada con acción reivindicatoria” y se dispuso su traslado, y si el curador *ad litem* y los demandados que respondieron la demanda, al contestarla se refieren al proceso ordinario en que se ejercita la acción de prescripción con reivindicación promovida por Sucesores de Francisco José Sinisterra y Cía Ltda., no queda entonces la menor duda de que el principal derecho controvertido es el que otorga el artículo 413 al usucapiente para que demande la declaración de pertenencia del bien litigado. En efecto, el Tribunal dijo en su sentencia: “El artículo 413 del Código de Procedimiento Civil que reemplazó a la Ley 120 de 1928 determina que está legitimado para impetrar la declaración de pertenencia, todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción ordinaria o extraordinaria. *En ninguna parte de tal artículo se exige en forma imperiosa que al momento en que entable la demanda, esté poseyendo materialmente el bien.* Desde luego que su ordinal 10 alude a una inspección judicial para verificar los hechos relatados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada por el demandante, pero ello no quiere significar que se exija que el actor esté en el momento poseyendo el bien . . . Hay que tener presente que antes de la Ley 120 de 1928, hoy refundida en el artículo 413, ya citado, no podía ejercerse la acción de pertenencia, para obtener la declaración respectiva de dueño, sino que la prescripción se ejercía como excepción”.

Del mismo modo, si tanto la sentencia de primer grado, como la de segundo, niegan las declaraciones solicitadas en la demanda, síguese que tanto el *a quo* como

el *ad quem*, al proferir fallo desestimatorio, fundamentalmente negaron la aplicación del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil que concede, entre otros, al usucapiente el derecho a demandar la declaración de pertenencia sobre el bien usucapido, y, además y de manera consecutiva, dejaron de aplicar las normas relativas a la reivindicación.

En síntesis, el fallo del Tribunal, al confirmar íntegramente la sentencia absoluta de primer grado, dejó de aplicar, entre muchos otros, el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil en cuya aplicación descansaba la pretensión deducida por la sociedad demandante.

3. Viene de lo anterior que si, en la actualidad, la norma que concede al usucapiente el derecho a obtener con fuerza *erga omnes*, sentencia de declaración de pertenencia, es el artículo 413 apuntado, síguese inexorablemente que ninguno de los cinco cargos formulados por el recurrente podrá prosperar, pues no habiéndose denunciado en ninguno de ellos la falta de aplicación de este precepto, esa omisión comporta que el impugnante no tiene reparo para formular, en ese aspecto, al proceder del fallador de segundo grado.

4. Sobre el punto, la Corte ha dicho repetidamente:

“Que en el evento en que al trabarse la correspondiente relación procesal ya estuviere en vigencia el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 698 derogó expresamente la Ley 120 de 1928, que es lo que ocurre en el caso de esta litis, al impugnarse entonces en casación la sentencia de instancia es indispensable denunciar la infracción, ya por aplicación indebida o ya por falta de aplicación, según que dicho fallo sea estimativo o desestimatorio de la pretensión del demandante, del artículo 413 de dicha codificación, concretamente la de su numeral 1, que es precisamente la norma mediante la cual se conservó en Colombia el derecho de hacer valer la prescripción adquisitiva como pretensión, por la persona que pretenda haber adquirido el bien por este específico modo.

“Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte en muchísimas sentencias, entre las

cuales pueden citarse las siguientes: 17 de julio de 1975, ordinario de Pedro Serna contra Hernando Pinilla; 16 de marzo de 1977, ordinario de Rosalina Serrano contra Alfonso Suárez; 23 de agosto de 1977, ordinario de Luis Carlos Pinillos contra Francisco Gaitán; 3 de noviembre de 1977, ordinario de Regina Payares contra Francisco Javier López; y 24 de marzo de 1981, ordinario de Myriam Sierra Tobón contra herederos de Román Antonio Sierra”.

5. No obstante la improsperidad de los cargos, el recurso da lugar a precisar los siguientes puntos doctrinarios:

a) *Es indiscutible que la ley tolera que el mero tenedor cambie su posición jurídica de tal por la de poseedor, pero es del mismo modo palmario que esta intervención del título no pueda tener eficacia sino desde el momento en que el tenedor, rompiendo por sí y ante sí todo nexo jurídico con la persona de quien derivaba su título de mera tenencia, se rebela expresa y públicamente contra el derecho de esta desconociéndole, desde entonces, su calidad de señor y empezando una nueva etapa de señorío ejercido no sólo a nombre propio sino con actos nítidos de rechazo y desconocimiento del derecho de aquel a cuyo nombre con antelación ejercía la tenencia.*

No basta, pues, para que de inmediato se produzca la interversión del título, que, por ejemplo, el inquilino deje de pagar por cualquier causa los cánones de arrendamiento. Menester es que su voluntad de cambiar su posición jurídica, se exteriorice con actos inequívocos de rebeldía contra el derecho del dueño, de tal manera que a los ojos del público en general aparezca que los actos de explotación económica del bien se ejercitan a título de poseedor y no a título de mero tenedor como con anterioridad ocurría.

Así, el arrendatario de un predio rústico que, en virtud del derecho de goce que le otorga el contrato de arrendamiento, viene ejecutando periódicamente las labores propias de limpieza, arreglo de tierras, siembra de las mismas, atención de los cultivos y recolección y venta de las cosechas, no deja de ser tenedor, de reconocer el dominio ajeno, por el simple hecho de

dejar de cubrir los cánones correspondientes, sino cuando simultáneamente se rebele contra el dueño, desconociéndole todo derecho sobre el bien arrendado inicialmente, y empezando una etapa de señorío propio ejercitada a los ojos del propietario y de todo el mundo.

Injusto sería propiciar el asalto al derecho ajeno, si se protegiera al tenedor de mala fe que, aprovechando tantas circunstancias inesperadas de la vida, cualquier día, sustentado solamente en su palabra falaz, pudiera alegar que intervirtió su título desde muchos años antes, con el solo argumento de que, desde entonces, dejó de pagar el arriendo pactado.

Y así como, según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquel. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil exige, a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad.

Fuera de lo anterior, acompasa con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervertido su título que pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta trascendente mutación y cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca.

La Corte, en sentencia del 7 de diciembre de 1967, pronunciada en el ordinario de Vicente Hazbón frente a Miguel Jaspón y otros (G. J. Tomo CXIX, páginas 352 y 353) expresó sobre este asunto:

"De este modo y dentro de la ordenación normativa, la posesión competente a la longi temporis praescriptio, se ofrece como una serie intalterada de hechos y actos de una res habilis, en cuanto no resulte desvirtuada por la exhibición de una causa precaria (animo detentionis) que, descalifique la supuesta posesión con el

reconocimiento inicial o sobrevenido, de derecho ajeno opuesto al aparente señorío (cas. julio 26 de 1950, LXVII, 472); para así, ampliar el debate con el examen minucioso de todo el trayecto (C. C. art. 2531, 3º), o consignar un hito interruptor, motivo de pérdida del tiempo transcurrido hasta entonces (ibid, 2514, 2523), (Cas. septiembre 4 de 1951, LXX, 390).

"Por ello, al precisar el código los requisitos de la prescripción extraordinaria (2531, 2532), se basta con establecimiento y uso por cierto tiempo, sin exigencia adicional alguna (cas. julio 30 de 1952, LXXII, 582), pero consagra simultáneamente la posibilidad de oposición fundada en un título de mera tenencia, excluyente de la possessio ad usucapionem, revelador de la intimidad de hechos contrastantes con el concepto genuino de posesión; por lo cual, quien se hallaba asentado en las dichas apariencias equívocas (cas. diciembre 13 de 1954, LXXIX, 256, cas. noviembre 9 de 1956, LXXXIII, 775/776), de inmediato y por fuerza de ese traslado de las cargas, es despojado de lo que traía en su favor, compelido a demostrar la interversión de su título y, además, una real posesión de allí en adelante hasta el otro extremo cronológico, cumplida con actos ciertos y unívocos.

"Es la secuencia lógica de los planteamientos de la llamada 'presunción mixta' de la regla 3ª del citado artículo 2531 Código Civil, que partiendo de la prescripción del detentador a quien se contrapuso un título de mera tenencia, le permita, sin embargo, alcanzar el dominio por vía prescriptiva, siempre que en el proceso se palpe su posesión cabal posterior, en cómputo suficiente, y no se encuentre dato de nuevo reconocimiento suyo del dominio ajeno".

"Imperativos estos, de precisa configuración para el juego de las pretensiones dentro de un terreno restringido a tales supuestos, que exigen al tenedor la prueba de la interversio possessionis, por medio de un acto traslativo emanado de un tercero o del propio contendor (naturalmente titular del derecho) (cas. agosto 22 de 1957, LXXXVI, 14), o de su alzamiento o

rebeldía, esto es, del desconocimiento efectivo del derecho de la persona por cuya cuenta llegó a la cosa (cas. marzo 27 de 1957, LXXI, 501; cas. junio 23 de 1958, LXXXVIII, 203), dentro de una ubicación temporal que permita referir la medida de un punto cierto, seguido de actos 'categóricos, patentes e inequívocos' de afirmación propia, autónoma, pues, en el último caso, le es indispensable descargar indiciariamente la presunción de que las cosas continúan conforme empezaron, aplicación elemental del principio de inercia, consagrada en los artículos 777 y 780 del Código Civil, y volver a montar la construcción sobre el nuevo sustento, expuesto como siempre a los descargos de interrupción y renuncia".

b) También conviene precisar lo siguiente:

La reserva legal que tutela la privacidad de las declaraciones de renta y patrimonio sólo tiene el alcance de que litigantes y Juez, fuera de los casos exceptuados por el legislador mismo, no tienen derecho a que las oficinas de la administración de impuestos suministren ad libitum copia de esas declaraciones. Por tanto, si por otra vía se aduce copia de la respectiva declaración, no existe prohibición para

que el Juez la tome como medio probatorio y le conceda el valor de persuasión que ella pueda suministrar. Aquí las declaraciones fueron aducidas con el escrito de contestación a la demanda, y el Tribunal, de oficio, ordenó tenerlas como pruebas.

V

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de veinte de agosto del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

La norma sustancial que gobierna la usucapión y la correspondiente acción de pertenencia no es el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil

Proceso: Ordinario de Sucesores de Francisco José Sinisterra contra Herederos de Mercedes Sinisterra Concha.

En varias oportunidades he discrepado de la tesis según la cual fue la Ley 120 de 1928 la que creó la acción de pertenencia y, en consecuencia, es el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil que la substituyó, la norma sustancial que gobierna la usucapión o prescripción adquisitiva. En el proceso ordinario de Jorge Cajiao Mateus contra José de Jesús Moreno Moya hice un salvamento de voto sobre el particular, en el cual expuse mi criterio sobre el tema en cuestión. Reproduzco, entonces, en lo pertinente, lo allí expuesto, que sintetiza claramente mi pensamiento.

"1. La acción de pertenencia existe desde antes de la Ley 120 de 1928"

Con anterioridad a la Ley 120 de 1928 existía, sin lugar a dudas, la acción de pertenencia, o sea aquella en virtud de la cual el poseedor que ha logrado usucapir depreca el reconocimiento de tal situación frente al antiguo propietario. Lo anterior se afirma por las siguientes razones:

a) Porque el Código Civil la tiene prolijamente reglamentada en el Capítulo II del Título 41 del Libro Cuarto del Código Civil, artículos 2518 y siguientes. Desconocer esa realidad es tratar de tapar el sol con las manos.

b) Porque así lo reconoció la doctrina vigente entonces. En efecto, el más connotado tratadista de Derecho Civil de principios de siglo don Fernando Vélez, aún hoy necesariamente consultado con

provecho, expresa sobre el particular: "La prescripción adquisitiva puede ser fuente de una acción o de una excepción en favor de quien ha prescrito". (Tomo IX, No. 414, pág. 307, edición de Imprenta París-América).

c) Porque la jurisprudencia patria así lo reconoció expresamente. En efecto, en la sentencia de 27 de junio de 1923 la Corte dijo: "La Corte considera que siendo la prescripción adquisitiva título constitutivo de dominio (artículo 765 del Código Civil), y además un modo de adquirir las cosas ajenas, bajo ciertas condiciones determinadas por la ley, por la sola circunstancia de cumplirse esas condiciones se adquiere el dominio de las cosas, y el favorecido con la prescripción puede alegarla, ya como defensa o como fundamento de una acción de propiedad, de la misma manera que puede alegarse cualquier otro título de dominio.

En la prescripción extraordinaria conforme al artículo 2531 del Código Civil, si el que la alega ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por espacio de treinta años, la cosa comercial objeto de la prescripción, ha adquirido por ello el dominio de esa cosa y puede alegar, ya sea demandando o defendiéndose, su carácter de dueño, fundado en la prescripción.

El Tribunal al exigir que previamente se declare por sentencia judicial la prescripción, para que pueda ser alegada como título adquisitivo de dominio, interpretó erróneamente los artículos 758 y 2534 del Código Civil, porque del hecho de que esas disposiciones le den el carácter de tí-

tulo y de escritura pública a la sentencia registrada que declara una prescripción adquisitiva, no se desprende que no pueda alegarse en juicio la prescripción fundada en los hechos que la generan, ya que es la posesión pacífica, pública y no interrumpida por determinado número de años, el fenómeno que engendra el título, y no la decisión judicial. Además, dejó de aplicar al caso del pleito los artículos 2518 y 2531 del expresado Código. (G. J. T. XXX, pág. 72).

d) Y porque el propio autor de la Ley 120 de 1928, el jurista Luis Felipe Latorre, así lo aceptó expresamente en su obra "Doce Leyes", Editorial Minerva, 1937, página 41, cuando dice: "Por otra parte, para hacer valer la prescripción como acción, simplemente contra la persona determinada que pudiera alegar dominio, en principio no hacía falta la ley, porque sin esta, esa acción existe; así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en muchos fallos".

2. La novedad de la Ley 120 consiste en haber creado una acción especial de pertenencia contra personas indeterminadas

¿Qué ocurría antes de la Ley 120 de 1928 cuando el antiguo dueño, que había perdido su derecho real de dominio ante el embate de la posesión, no existía o existiendo no era conocido? Que el poseedor venido a dueño por la usucapión no tenía contra quién deprecar el proceso. Fue entonces cuando la Ley 120 organizó dos clases de procesos de pertenencia, el primero, que no es otra cosa que la ratificación de la normatividad existente, consagrado en el artículo 4º de esa ley, o sea el proceso singular del poseedor usucapiente contra el verdadero dueño que ha perdido su derecho; y el segundo, el novedoso, del mismo poseedor venido a dueño contra personas indeterminadas, a quienes es preciso citar al proceso mediante emplazamientos. Si el antiguo titular del derecho de dominio existe y se conoce, el proceso necesariamente debe dirigirse contra él y nada tienen que hacer las personas indeterminadas. En otras palabras, los emplazamientos a los desconocidos se hacen precisa y necesariamente frente a la

ausencia del titular del derecho de propiedad que se estima derrumbado por la posesión.

3. Cuando el proceso se adelantaba contra el dueño los fallos de pertenencia producían efectos contra los demandados

Dispuso el artículo 12 de la Ley 120 de 1928: "La sentencia que se pronuncie en el juicio sobre prescripción adquisitiva de dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como parte en el juicio". Algo bien distinto había propuesto el autor de la ley en el artículo 10 del proyecto, que decía: "La sentencia que se pronuncie en el juicio de que trata esta ley, producirá la excepción de cosa juzgada contra toda persona, en cualquier litigio sobre posesión o dominio por causa anterior al referido juicio". Ante tal cambio el autor del proyecto, doctor Latorre, se dolió de que tal modificación desvirtuaba completamente lo proyectado (Véase "Doce Leyes", pág. 41). El artículo 12, tal como quedó, no dijo nada nuevo. Toda sentencia produce excepción de cosa juzgada contra quienes fueron parte en el proceso. En cambio lo propuesto sí era una verdadera novedad, porque dándole carácter *erga omnes* a los fallos de pertenencia se rompía un principio secular, el de la relatividad de los fallos, consagrado expresamente en el artículo 17 del Código Civil.

4. La derogatoria del artículo 12 de la Ley 120 no modificó en nada el efecto relativo de los fallos

El artículo 7º de la Ley 51 de 1943, en su parágrafo, dispuso: "Derógase el inciso primero del artículo 12 de la Ley 120 de 1928". Sobre los alcances de esta norma derogatoria el profesor Luis Felipe Latorre, en su obra "Procedimiento Civil Colombiano", página 333, argumentando más con el deseo que con la razón, expuso: "La derogación del art. 12 de la Ley 120 de 1928 viene implícita pero claramente a atribuirle al fallo en el juicio sobre declaración de pertenencia, cuando fue enderezado con emplazamientos para todo el mundo, un mérito y efectos *erga omnes*.

Si no fuera así, la reforma carecería de sentido y objeto. Abrogar una regla que decía: esta sentencia no perjudica sino a quienes concurren al juicio, vale tanto como declarar expresamente lo contrario; esa sentencia se puede oponer a cualquiera que con posterioridad a ella pretenda dominio sobre la cosa por causa anterior al juicio, aunque no hubiere comparecido a él. Con este atributo de oponibilidad a todo el mundo, el fallo sobre pertenencia es el mejor título de propiedad, la cual queda saneada de todo vicio o defecto anterior. Entonces, para toda operación o negocio posterior, el examen de títulos se contrae a los de formación o creación posterior a dicho fallo. Pero igualmente claro que la obligatoriedad general o carácter absoluto de la sentencia aludida se refiere de modo exclusivo al caso del juicio especial con emplazamiento y concurrencia del Ministerio Público, de que tratan los arts. 6º y siguientes de la Ley 120, pero no al juicio singular ordinario contemplado en el art. 4º que se surte únicamente entre el poseedor demandante y el demandado como dueño primitivo conocido. En este caso es obvio que la sentencia no aprovecha sino a las personas ciertas y determinadas que comparecieron. En resumen, la reforma que se acaba de lograr, cuya plena jurisdicción ha quedado patentizada, es de una conveniencia evidente y de una gran trascendencia, particularmente por el ensanche y más amplios beneficios del crédito hipotecario”.

Con el debido respeto a la memoria de tan esclarecido jurista, es evidente que darle a una abrogación la calidad de creadora de una institución como la de los

efectos absolutos de los fallos, que necesariamente por modificar el artículo 17 del Código Civil debe ser expresa, es ciertamente un tremendo error. Empero, no puedo desconocer que el mismo se abrió paso entre doctrinantes y jueces al punto que nadie puso en duda el efecto *erga omnes* de los fallos de pertenencia de la Ley 120 de 1928. La circunstancia de estar derogada esa norma no exige mayor abundamiento en la refutación de semejante infundio.

5. El Código de Procedimiento Civil modificó la acción de pertenencia que en todo caso debe seguirse contra personas indeterminadas, además de las determinadas, que pudieren existir

De las dos acciones de pertenencia que consagró la Ley 120 de 1928, la contra personas determinadas del artículo 4º y la contra indeterminadas del 6º, el Código de Procedimiento Civil hizo una sola, en la cual necesariamente hay que demandar a indeterminados, así se conozcan los titulares de extinguidos derechos reales. Esa es la modificación sustancial que nos presenta el nuevo Código de los ritos. No existen ahora dos procesos diferentes, como durante el régimen de la Ley 120, sino uno solo, haya o no personas conocidas. No se ve claramente la bondad de la reforma, pero lo cierto es que la norma nueva, que es el artículo 413 del Código citado, consagra lo que ha quedado expuesto”.

Bogotá, septiembre 14 de 1983.

Jorge Salcedo Segura.

CORRECCION MONETARIA

Los riesgos de la desvalorización de la moneda no puede soportarlos totalmente uno solo de los contratantes

PRUEBA. Apreciación racional

El juez debe evaluar la prueba en conjunto y no en forma desarticulada

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 6 de septiembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario instaurado por la sociedad "*Industria Construcción Prefabricados Ltda. - ICONPRE*" frente a los herederos de Blanca María Cabal de Ulloa.

I

Antecedentes

1. Mediante la escritura pública No. 6.330 de 30 de septiembre de 1970, otorgada en esa fecha en la Notaría 2ª de Cali e inscrita en el Registro Público de allí en ese mismo año, la entidad "*ICONPRE LTDA.*" adquirió, por compra que hizo a Laura Castañeda Alarcón, un lote de terreno de 2.000 metros cuadrados, ubicado en la Avenida 4ª Oeste o Avenida Belalcázar de esa ciudad, predio sobre el cual la sociedad compradora construyó el edificio denominado "*Laurita*", comprendido dentro de los linderos generales que la demanda consigna.

2. Por medio de la escritura pública No. 1.793 de 24 de marzo de 1975, otorgada en la misma Notaría de Cali e inscrita el

9 de abril siguiente, se solemnizó el reglamento de propiedad horizontal del citado edificio "*Laurita*", reglamento en el cual su piso cuarto se determinó así: "Está distinguido en la plancha No. 9 tiene acceso por la puerta principal del edificio "*Laurita*" No. 5-286 de la Carrera 2ª Oeste, está servido por hall, escalera y ascensores comunes del mismo piso 4º, con área privada neta de 209,10 metros cuadrados y altura libre de 2,40 metros, lineales, consta de sala, comedor, sala íntima, alcoba principal con vestier y baño, tres alcobas, dos baños, lavadero, alcoba de servicio, con baño, cocina, y goza del uso privado de la terraza común No. 3 con área de 22,21 metros cuadrados y patio común de uso privado; departamento No. 402 está determinado por los siguientes linderos: Norte, en línea quebrada así: del punto 18 al 19 en 10,15 metros, fachada común al medio, hacia vacío patio común del primer piso, del 19 al 20 en 5,30 metros, pasando por los puntos A, B, C, D, de la columna No. A5, del 20 al 21 en 1,25 metros, del 21 al 22' en 2,60 metros, del 21' a 22 en 4,60 metros, fachada común al medio en parte hacia terraza común No. 3, de uso exclusivo de este apartamento y en parte hacia la terraza del primer piso; Oriente, en línea quebrada así: del punto 22 al 22A en 3,15 metros, del 22A al 22B, en 0,30 metros, del 22B al 22C, en 2,60 metros, del 22C al 22D en 0,30 metros, del 22D al 22G en 2,90 metros, del 22G al 22F, en 0,30 metros, del 22F al 23 en 1,50 metros, fachada común y

columna estructural E-4 hacia vacío patio primer piso; Sur, en línea quebrada así: del punto 23 al 24 pasando por las columnas F-6 y F-5 en 11,30 metros, fachada común al medio hacia el vacío patio primer sótano; Occidente, en línea quebrada así: del punto 24 al 25 en 0,75 metros, del 25 al 26 en 0,75 metros, del 26 al 27 en 3,80 metros, del 27 al 28 en 1,70 metros, muro y columna F-4, al medio hacia punto fijo común, del 28 al 16 en 5,45 metros, del 16 al 17 en 0,65 metros, del 17 al J en 5,80 metros, del J al K en 0,10 metros, del K al 18 en 2,45 metros, columnas estructurales comunes E-1, B-3 y A-3, y muro común al medio hacia apartamento No. 401. Nadir, cota +3,90 y 4,20 losa común al medio departamento 302. Zenit: cota +6,30 y 6,60 losa común al medio, piso departamento 502. Del área alinderada anteriormente se excluyen el área de los buitrones Nos. 3 y 4 y el área de las columnas internas B-4, B-5 y E-2, E-3".

3. Con anterioridad al registro del reglamento de propiedad horizontal a que se ha hecho alusión, o sea el 15 de diciembre de 1972, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en esa ciudad, se ajustó entre la sobredicha sociedad "Iconpre Ltda.", representada por su Gerente General Gonzalo Alarcón, por una parte, y por la otra Blanca María Cabal de Ulloa, el contrato de promesa de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) La mentada compañía se comprometió a vender a la citada Cabal de Ulloa, y ésta a comprar a aquélla, el dominio sobre el departamento No. 402 del edificio "Laurita", constante de comedor, sala, estadero, 4 alcobas, 3 baños, 4 closets, cocina, cuarto de servicio y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: "Norte: 16,70 metros con vacío, jardín y departamento 401; Sur: 16,70 metros, escalera y patio No. 2; Oriente: 18,20 metros, vacío comunal; Occidente: 18,20 metros, departamento 401 y escalera; Zenit: Cota 9,80 metros, departamento No. 502; Nadir: Cota 7,00 metros cielo departamento No. 302; Altura: libre entre losa 2,40 metros";

b) Acordaron los contratantes como precio de la compraventa prometida la suma de \$ 800.000.00, de los cuales la prometiente compradora entregó en esa fecha a su prometiente vendedora \$ 300.000.00, comprometiéndose a pagar el saldo así: \$ 250.000.00 subrogándose parcialmente en el crédito con garantía hipotecaria existente sobre el referido inmueble a favor del Banco Central Hipotecario; y los \$ 250.000.00 restantes en tres cuotas semestrales de \$ 83.333.00 a partir de mayo de 1973. Obligose la prometiente compradora a pagar sobre el saldo de \$ 250.000.00 intereses al 1 y 1/2% mensual hasta el día que "el mismo prometiente comprador formalice con el Banco Central Hipotecario contrato provisional de arrendamiento del mismo apartamento";

c) Mediante la cláusula 5ª del contrato, se obligó la prometiente vendedora a entregar a la prometiente compradora el departamento objeto del contrato en el plazo de 30 días, contados desde la fecha de ese documento, "o antes mediante la notificación por medio de carta", "siempre que haya recibido la cuota inicial del precio de venta"; y que "el prometiente comprador haya suscrito con el Banco Central el contrato de arrendamiento de que habla la cláusula tercera". Y se dijo, por la cláusula siguiente, que "se considerará como entregado el departamento cuando el prometiente vendedor notifique por escrito al prometiente comprador que el departamento puede ser habitado, aunque en el edificio de que hace parte dicho departamento faltaren eventualmente algunos servicios..."; y

d) Acordaron los estipulantes que la convención prometida se perfeccionaría, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, "dentro de 30 días después del registro de la escritura por la cual se ha de elevar a instrumento público el Reglamento de Propiedad Horizontal", que la prometiente compradora se obligó a aceptar.

3. En documento de esa misma fecha, 15 de diciembre de 1972, suscrito en Cali por Blanca M. Cabal de Ulloa, como arrendataria, e "Iconpre Ltda.", como "propie-

tario-coarrendador", no firmado por el Banco Central Hipotecario, se dice que esta entidad da en arrendamiento a la citada Cabal de Ulloa el referido apartamento Nº 402 del edificio "Laurita" por el término de 12 meses a partir de esa fecha y por un canon mensual de \$ 4.500.00.

4. Ocurrido el óbito de Blanca María Cabal, en su sucesorio fue reconocido, como albacea y heredero suyo, Juan Fernando Ulloa Cabal en febrero de 1976.

5. En escrito de 4 de abril de 1979, dirigido al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, la sobredicha sociedad "Industria Construcción Prefabricados Ltda. Iconpre", pidió la citación de Juan Fernando Ulloa Cabal, a fin de que como heredero de Blanca María Cabal de Ulloa "*manifieste si reconoce la firma que aparece en los documentos*" contentivos de los contratos de promesa de compraventa y de arrendamiento, a que se ha hecho referencia y los cuales anexó a su pedimento. Dijo en esa petición que este último pacto, "tal como se desprende del contrato de promesa de compraventa", "*es derivado*" de la promesa.

Como el citado no compareció, el juzgado, mediante auto de 27 de junio de 1979, tuvo por reconocidos, por parte de Juan Fernando Ulloa Cabal, como heredero de Blanca María Cabal de Ulloa, los citados dos documentos contentivos del arrendamiento y de la promesa de compraventa.

II

El Litigio

1. Mediante libelo que fue repartido el 13 de julio de 1979 al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, la sociedad "Industria Construcción Prefabricados Ltda. - Iconpre" demandó a Juan Fernando Ulloa Cabal, como heredero de Blanca María Cabal de Ulloa, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de promesa de compraventa celebrado el 15 de diciembre de 1972 entre

la sociedad demandante y Blanca María Cabal de Ulloa, quien falleció;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Juan Fernando Ulloa Cabal, como heredero único y albacea de Blanca María, a restituir a la sociedad demandante el referido departamento No. 402 del edificio "Laurita" de la ciudad de Cali;

c) Que igualmente se condene al demandado a pagar a su demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble desde el 15 de diciembre de 1972, y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad, todo esto "a justa tasación pericial"; y

d) Que se lo condene además al pago de las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante invocó, además de algunos de los antecedentes relatados, los hechos siguientes:

Que la promesa de compraventa se firmó dos años y medio antes de que fuera aprobado el reglamento de propiedad horizontal del edificio "Laurita"; que la identificación que se dio al apartamento 402 en esos dos documentos es diferente y no coincide por tanto; que en la promesa no se estipuló el plazo "para el pago o subrogación parcial de la suma de \$ 250.000.00", acordada como parte del precio; y que tampoco se señaló en ella "la Notaría donde debía ser firmada la escritura de compraventa".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones deducidas en ella; y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la celebración de la promesa de compraventa y sus cláusulas, lo mismo que el relacionado con la solemnización del reglamento de propiedad horizontal, los cuales sí aceptó, negó los demás. Afirmó que, contrariamente a lo sostenido por el demandante, "el contrato de promesa no es nulo y, antes bien, tuvo plena vida jurídica tanto en su formación como en su desarrollo...".

En esa misma oportunidad propuso, como excepciones de mérito, las que deno-

minó "prescripción o caducidad de la acción" y "contrato no cumplido". Fundó la primera en la afirmación de que habiéndose suscrito el contrato el 15 de diciembre de 1972, cuando se instauró la demanda ya habían pasado los 4 años que el artículo 1750 del Código Civil consagra "para pedir la rescisión"; y la segunda, que el demandado sí cumplió y se allanó a cumplir con todas sus obligaciones, lo que no hizo igualmente la 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, previos los trámites pertinentes, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la sociedad "Industria Construcción Prefabricados Ltda." está obligada a otorgar la escritura pública de compraventa del departamento 402 del edificio "Laurita" de la ciudad de Cali, a favor del contrademandante;

b) Que se obligue a esta compañía a recibir de su demandante, en el acto del otorgamiento de la citada escritura pública, la suma de \$ 250.000.00, saldo del precio no cancelado; y

c) Que se condene a "Iconpre Ltda." a pagar a Ulloa Cabal todos los perjuicios que a este le causó aquella con el incumplimiento de las obligaciones que para ella surgieron de la promesa, lo mismo que las costas procesales.

Y en subsidio de las anteriores, el contrademandante dedujo las siguientes súplicas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de la contrademandada de las obligaciones que para ella surgieron, el contrato de promesa de compraventa que relativamente al apartamento No. 402 del edificio "Laurita" de la ciudad de Cali celebraron el 15 de diciembre de 1972;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a "Iconpre Ltda." a restituir a su demandante la suma de \$ 550.000.00, que aquella recibió de

este a buena cuenta del precio de la cosa prometida en enajenación, lo mismo que \$ 30.000.00 entregados como depósito y \$ 100.000.00 que se estipularon como cláusula penal; y

c) Que se condene además a la sociedad contrademandada a pagar a su demandante todos los perjuicios ocasionados "por el incumplimiento de la promesa".

5. Como fundamento de sus pretensiones el contrademandante invocó, además de los hechos que surgen de los antecedentes relatados y los alegados en apoyo de la excepción de contrato no cumplido, los siguientes:

Que en cumplimiento de las estipulaciones del contrato de promesa, Blanca María Cabal de Ulloa, mientras vivió, cumplió con todas sus obligaciones, pues oportunamente pagó a "Iconpre Ltda." \$ 550.000.00, que correspondían a los abonos de capital; que una vez ocurrida la muerte de Blanca María, su heredero Ulloa Cabal, aquí demandado y contrademandante, ha continuado en ese cumplimiento y ha estado "presto a obtener con el Banco Central Hipotecario la subrogación de la obligación de \$ 250.000.00, restantes y necesarios para completar el precio", subrogación que sólo es posible hacerla "una vez se cumpla la promesa en la parte que toca con el otorgamiento de la escritura"; y que la sociedad demandante y contrademandada, en cambio, ha sido infiel en la ejecución de la promesa, pues la única obligación que ha cumplido en beneficio de la promitente compradora, "ha sido la de ponerla en el goce material del departamento prometido en venta, pues en principio doña Blanca María y posteriormente Juan Fernando Ulloa lo han venido ocupando con su habitación e, incluso, lo han dado en arrendamiento", pero no ha otorgado la escritura para perfeccionar la compraventa prometida, ni se ha allanado a cumplir esa obligación.

6. Enterada que fue la reconvenida de la demanda de mutua petición, oportunamente la contestó negando los hechos que, afirmados en ella, le son desfavorables y oponiéndose, por lo consiguiente, a las súplicas de su contrademandante. Insistió

en la ineficacia o invalidez jurídica del contrato de promesa de compraventa, circunstancia que aquí alegó como excepción.

7. Trabada así la relación jurídico-procesal, con la práctica de algunas 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 8 de junio de 1981, mediante la cual declaró absolutamente nulo el contrato de promesa de compraventa; ordenó, en consecuencia, que el demandado debe restituir a la demandante el inmueble materia del contrato invalidado; condenó a esta a restituir a aquel, en su calidad de heredero de Banca María Cabal de Ulloa, la suma de \$ 550.000,00 que recibió como parte del precio, más \$ 30.000,00 que también recibió a título de depósito.

8. De lo así decidido por el juzgado *a quo* ambas partes apelaron. Y llegado que fue entonces el expediente al Tribunal Superior de Cali, este ordenó se devolviera al Juzgado a fin de que se resolviera la demanda de reconvencción, lo que efectivamente se hizo por sentencia complementaria de 23 de octubre de 1981, mediante la cual negó las pretensiones aducidas en aquella. Este fallo complementario quedó en firme por no haber sido recurrido.

Regresado el expediente al Tribunal, este, luego de haber rituado el trámite de la segunda instancia, en su sentencia de 6 de septiembre de 1982 confirmó la del *a quo*, "adicionándola en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar en abstracto los frutos civiles del predio objeto de la promesa, y a la parte actora los intereses legales de las sumas recibidas, conforme a lo expuesto en la motivación de esta providencia".

9. Contra el fallo del Tribunal interpuso entonces casación el demandado, recurso que, por encontrarse hoy legalmente rituado, procede la Corte a decidir.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. En el proemio de su sentencia recuerda el Tribunal de Cali que la promesa

de contrato es acto jurídico solemne, y que, por ello, la inobservancia de las formalidades especiales requeridas por la ley para ella conduce a su ineficacia jurídica.

Y luego de transcribir el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, expresa el sentenciador, apoyándose en doctrinas de la Corte que al efecto transcribe, que la promesa de contrato de inmuebles debe traer la determinación de la cosa prometida en venta, el precio y los demás elementos esenciales del contrato; que, además, debe "determinar con precisión la notaría en que, en su momento, ha de otorgarse la escritura pública", requisito este que observa no se cumple en el caso *sub judice*, por lo que concluye en que "la supradicha promesa de compraventa es nula, de nulidad absoluta...".

2. Deducida pues por él la procedencia de la nulidad contractual deprecada, el Tribunal acomete el estudio de las restituciones que recíprocamente se deben las partes con causa en esa decisión judicial, en orden a lo cual toma como punto de partida la preceptiva contenida en el artículo 1746 del Código Civil.

Y luego de estimar que al aquí demandado se lo debe considerar como poseedor de buena fe, dice que debe restituir, además del inmueble, "el valor de los frutos percibidos o que hubiere podido percibir el demandante con mediana inteligencia y actividad, a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda", según las prescripciones de los artículos 961 y 964 *ibidem*; y que, por su parte, la demandante "debe devolver al demandado la suma de \$ 580.000,00 m/cte. más sus intereses legales causados desde la misma fecha de notificación del auto admisorio de la demanda".

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya se ha dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la respectiva demanda

el recurrente, luego de expresar que limita su impugnación a las resoluciones de la sentencia atinentes a las prestaciones mutuas, o sea a la condena impuesta al demandado "de restituir el inmueble materia de la promesa" y a la que se dio a la demandante "de restituir las cantidades que recibió de la prometiente compradora", formula contra dicho fallo dos cargos, ambos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a estudiar y despachar en el mismo orden en que vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante este se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente los artículos 961, 962 y 1746 del Código Civil, "por aplicación indebida de los primeros y aplicación indebida, en parte, del último", y del texto 1602 *ibídem*, por inaplicación, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de los contratos de promesa y de arrendamiento y de la demanda inicial del proceso.

Concretando los yerros de hecho que le imputa al sentenciador, el impugnante dice que éstos consistieron en: a) no haber advertido que el contrato de promesa de venta, no dice que la prometiente vendedora hizo entrega material del inmueble; b) no considerar que, según la cláusula 5ª de dicho pacto, "Iconpre Ltda." se obligó a hacer la entrega material con posterioridad al otorgamiento del pacto; c) no ver que la prometiente compradora entró a ocupar el departamento 402 del edificio "Laurita", "no en virtud de la promesa, sino del contrato de arrendamiento celebrado con el Banco Central Hipotecario", en el cual no hay manifestación alguna que vincule o haga depender este pacto del de promesa; d) no tomar nota de que el citado contrato de arrendamiento no determina "en debida forma el apartamento materia del mismo..."; y e) no haber tenido en cuenta que "en ninguno de los hechos de la demanda se afirma que la prometiente vendedora entregó el apartamento

a la prometiente compradora en cumplimiento de la promesa".

2. Desenvolviendo esta censura el impugnador, después de recordar, con citas doctrinarias y jurisprudenciales y transcripción del artículo 1746 citado, que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, asevera que en este caso, "para que procediera la condena al demandado a restituir el inmueble materia de la promesa de venta, era menester que este lo hubiera recibido como prestación del contrato invalidado", lo que evidentemente —dice el recurrente— no ocurrió aquí.

Y añade que si se examina con atención el contrato de promesa declarado nulo, "no se encuentra estipulación alguna en la cual declare el prometiente comprador haber recibido del prometiente vendedor el apartamento..."; que en la cláusula 5ª de ese contrato se dice "tan solo que el prometiente vendedor entregará al prometiente comprador, listo para ocuparlo, el departamento cuya venta se promete, dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha del documento"; que en el contrato de arrendamiento de 15 de diciembre de 1972, se hizo constar que Blanca María Cabal de Ulloa llegó a la ocupación del aludido apartamento por virtud de ese específico contrato ajustado por ella y el Banco Central Hipotecario; y que en el documento contentivo de ese arrendamiento "no se hace la menor referencia al contrato de promesa de venta, apareciendo, por lo mismo, totalmente desvinculado de él".

3. Concluyendo la fundamentación de este cargo, expresa el casacionista: "De esta suerte, el demandado Ulloa Cabal ocupa el departamento 402 precitado en virtud del contrato de arrendamiento con el Banco Central Hipotecario, autónomo e independiente del de promesa de venta, y no por haberlo recibido de la prometiente vendedora. Dicho contrato de arrendamiento se halla vigente, es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado si-

no por mutuo consentimiento o por causas legales, como lo establece el art. 1602 del Código Civil...".

Añade la censura que mientras dicho contrato se halle vigente, "el demandado no puede ser obligado a desocupar el inmueble, mucho menos a restituirlo a persona distinta del arrendador. De manera que al condenar el Tribunal al demandado a restituir el apartamento de que se ha hecho mérito a la sociedad demandante, está desconociendo los derechos y obligaciones adquiridos por aquel en virtud del contrato de arrendamiento, lo está dejando sin efectos sin haber sido materia de la litis, y sin la intervención del Banco Central Hipotecario que es parte en el".

4. A intento de hacer ver la trascendencia del yerro de facto que denuncia, dice el casacionista que si el Tribunal hubiera visto esos dos contratos "tal como existen en realidad, no hubiera condenado al demandado a restituir el inmueble materia de la promesa, por no haberlo recibido como prestación del contrato invalidado, sino en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con persona distinta de la prometedora vendedora y sin vinculación alguna con el de promesa".

Se considera

1. *Con apoyo en lo que al punto sostiene la doctrina universal del derecho, ha dicho ya esta Sala que 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. No es corriente, en verdad, 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 ofrezca la prueba de la contraparte, ordinariamente antitético con el de aquellos.*

Según el principio de la apreciación racional de la prueba, consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, es deber del juez, antes que facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aportados un resultado homogéneo o

único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.

Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, es la causa determinante de que los juzgadores de instancia, para formar su criterio en torno al convencimiento de certeza de los supuestos fácticos de las pretensiones de los litigantes, acudan frecuentemente a ese procedimiento de la apreciación en conjunto de los diversos elementos probatorios suministrados por las partes, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Por esta vía, que es la que le impone la ley, resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas en su complejo orgánico o compuesto integrado por elementos disímiles.

2. En verdad que, como lo expresa el casacionista al sustentar el cargo que aquí se analiza, la promesa de compraventa celebrada el 15 de diciembre de 1972 por "Iconpre" y Blanca María Cabal de Ulloa, no dice, en ninguna de sus cláusulas, que aquella, como prometedora vendedora, le haya hecho entrega material a esta prometedora compradora del apartamento No. 402 del edificio "Laurita", que constituyó el objeto de la compraventa prometida. Al respecto dicho pacto solamente expresa que Cabal de Ulloa pagará a "Iconpre Ltda." intereses del 1 y $\frac{1}{2}$ % mensual sobre el saldo de \$ 250.000.00, "desde la fecha en que el prometedora comprador reciba la comunicación de que está listo para ser ocupado el departamento... hasta el día en que el mismo prometedora comprador formalice y suscriba con el Banco Central Hipotecario contrato provisional de arrendamiento del mismo apartamento..." (cláusula 3ª); y que la prometedora vendedora entregará a la prometedora compradora el dicho departamento "dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de este documento, o antes de este plazo mediante la notificación por medio de carta" y siempre que la prometedora compradora "haya suscrito con el Banco Central Hipotecario el contrato de arren-

damiento de que habla la cláusula tercera..." (cláusula 5ª).

Y es verdad igualmente, como también lo asevera el censor, que en el documento en el cual se plasmó el contrato de arrendamiento sobre el referido apartamento 402 del edificio "Laurita", no se expresa que Cabal de Ulloa hubiese firmado dicho pacto como una consecuencia de la promesa de compraventa anteriormente concertada sobre el mismo inmueble, ni, por ende, que la prometiente compradora hubiera entrado entonces a detentar el bien en cumplimiento o ejecución de la sobredicha promesa de contrato.

Y no es menos evidente, como en otro de sus asertos lo afirma también el impugnante, que en la demanda inicial de este proceso en ninguno de sus hechos se expresa que la prometiente vendedora le haya entregado el apartamento a la prometiente compradora, en cumplimiento de la promesa.

Pero de que todo lo anterior sea cierto no puede afirmarse, como lo nace el impugnador en la fundamentación cardinal de su censura, que el aludido contrato de arrendamiento es autónomo e independiente del de promesa de compraventa, y que es en aquel y no en este en donde tiene que ubicarse el origen de la ocupación del inmueble por parte de la demandada, desde luego que, como adelante se verá al explicar el aserto, los elementos de juicio incorporados al proceso, integrados en compuesto único para ser analizados y evaluados en conjunto, impulsan a advertir, desde un primer momento, el ostensible desacierto en que incurre el casacionista al sustentar este cargo.

3. No es posible dejar de advertir, gran verdad que se impone al primer golpe de vista y que el recurrente distorsiona, que el documento contentivo del contrato de arrendamiento ajustado el 15 de diciembre de 1972, el mismo día que se concertó la promesa, no se halla firmado o suscrito por el Banco Central, de quien se dice haber recibido el departamento a ese título, y en cambio sí lo está por el Gerente de "Industria Construcción Prefabricados Ltda. - Iconpre", como, según allí se in-

dicó, "Propietario-Coarrendador", y además por Blanca M. Cabal de Ulloa como arrendataria.

En abril de 1979, ya muerta la arrendataria inicial, la sobredicha compañía "Iconpre Ltda.", acompañando a su petición tanto el contrato de promesa como el de arrendamiento atrás referidos, demandó ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali a Juan Fernando Ulloa Cabal, entonces ya reconocido como heredero en la sucesión de la finada Blanca María Cabal vda. de Ulloa, para que "*manifieste si reconoce la firma que aparece en los documentos... como la que usaba o acostumbraba escribir su señora madre...*", petición en la cual la entidad solicitante expresó que "tal como se desprende del contrato de promesa de compraventa y del contrato de arrendamiento, este último documento *derivado* del contrato de promesa...". Toda la actuación surtida por ese reconocimiento ante el citado juzgado se anexó a la demanda inicial de este proceso, se pidió tenerla en él como prueba y así lo ordenó la justicia.

En su demanda de reconvenición el hoy recurrente Ulloa Cabal, en forma categórica e indubitable expresó lo contrario a lo que ahora sostiene en casación, o sea que sí recibió el apartamento No. 402 como consecuencia del contrato de promesa. Dijo entonces a través del hecho 6º de ese libelo: "La única obligación que por su parte ha cumplido en beneficio de la prometiente compradora el prometiente vendedor, ha sido la de ponerla en el goce del departamento prometido en venta, pues en principio doña Blanca María y posteriormente don Juan Fernando Ulloa lo han venido ocupando con su habitación e, incluso, lo han dado en arrendamiento;...". Confesión que reiteró posteriormente, pues cuando el 18 de abril de 1980 se practicó inspección judicial al precitado departamento, en donde se encontró al demandado, éste, interrogado por el juez, manifestó que lo ocupa "desde el mismo momento que se firmó el compromiso de compraventa y es más o menos del año 71, si mal no recuerdo. Fui el primero o segundo en ocupar o establecerme en es-

ta residencia con mis padres. Entré a ocupar este apartamento como dueño, por cuanto lo dispone la escritura hecha entre Gonzalo Alarcón y Blanca María Cabal de Ulloa”.

4. La ponderación en conjunto de estos elementos de prueba pone de manifiesto, en forma coruscante e inequívoca, la fulgurante verdad que emerge del proceso; el demandado sí recibió y detenta el apartamento 402 citado con causa en el contrato de promesa de compraventa, o por virtud del cumplimiento de una de las prestaciones que dicha convención generó para la prometedora vendedora.

Haciendo tabla rasa de sus afirmaciones reiteradas en pretéritas ocasiones dentro de este mismo proceso, el demandado asume ahora en casación posición antitética: que no recibió el inmueble por razón de la promesa anulada, sino de un contrato de arrendamiento celebrado con persona distinta de quien lo demanda. Su conducta, que es explicable, no justifica sin embargo su proceder y por lo contradictoria impulsa a rechazar el error de hecho alegado, pues que, como ya está dicho, la relación de causalidad existente entre el contrato de promesa y el de arrendamiento es tan evidente que no puede desconocerse, sin perjuicio de arrasar la verdad de lo acontecido.

Sé rechaza pues esta censura.

Cargo segundo

1. En su planteamiento se denuncia quebranto indirecto de los artículos 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, 1544, 1602 y 1746 del Código Civil y 831 del de Comercio, “por no haberlos aplicado al caso litigado en lo tocante con la obligación impuesta a la sociedad demandante de restituir el precio recibido”, a causa del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal al haber ordenado en su fallo la restitución de esa cantidad de dinero, pero sin tener en cuenta “la actualización del poder adquisitivo”.

2. En desarrollo del cargo expresa el casacionista, luego de recordar y precisar cuál es el efecto legal y natural de la sentencia que declara la nulidad de una com-

praventa, que así como la ley “procura la equivalencia de las obligaciones de vendedor y comprador al tiempo de la celebración del contrato, dado su carácter eminentemente conmutativo, esa misma equivalencia ha de procurarse cuando con motivo de haberse dejado sin efecto el contrato, bien sea por el decreto de resolución o el de nulidad, se producen las restituciones mutuas”.

Estima la censura, y así lo asevera, que al ordenar la devolución de la suma de \$ 580.000,00, recibida como parte del precio de la cosa prometida en venta, “el sentenciador sólo tuvo en cuenta la cantidad que la sociedad demandante recibió del demandado en razón de la promesa de venta, para ordenar la restitución exactamente de la misma cantidad, sin caer en cuenta de que el poder adquisitivo de esa suma de dinero se ha ido deteriorando con el transcurso del tiempo, y que cuando aquella lleve a cabo la entrega de esa suma al demandado, han transcurrido más de diez años de estar desvalorizando”.

3. Concretando el yerro de facto que le endilga al Tribunal, dice el impugnador que consistió en “no haber visto que la cantidad de \$ 580.000,00 que aquella (la demandante) recibió en razón de la promesa, no tiene hoy día el mismo poder adquisitivo que tenía el 15 de diciembre de 1972, debido al fenómeno de la desvalorización, que por ser un hecho notorio, según doctrina de la Corte, no requiere prueba al tenor del art. 177 del Código de Procedimiento Civil. En no haber percatado que para lograr la restitución de las cosas al estado anterior, era menester que la sociedad demandante entregara al demandado una suma de dinero que hoy día representara el poder adquisitivo que en 1972 tenía la cantidad de \$ 580.000,00. Y en no haberse dado cuenta de que esta suma, apenas en mínima parte vendría a reemplazar la que cumplidamente entregó la prometedora compradora a la prometedora vendedora en diciembre de 1972”.

Se considera

1. Hase dicho que la inflación monetaria, cuyo efecto sustancial se traduce en

una continuada y apreciable desvalorización del poder adquisitivo de la moneda, es problema que repercute hondamente no sólo en el campo económico propiamente dicho, sino también en el ámbito del derecho, desde luego que la relación jurídica de obligación se ve directamente afectada con motivo del pago diferido que en cierto momento hará el deudor al acreedor con moneda de menor valor.

Parece pues indiscutible que las consecuencias del fenómeno inflacionario en las relaciones jurídicas, en las que se presentan largos plazos para el pago de las prestaciones que de ellas se derivan, se van produciendo inexorablemente; ante todo, con provecho evidente e injusto para el deudor que paga realmente menos, y recíprocamente, con perjuicio igualmente evidente e injusto para el acreedor que, por ende, de hecho también recibe menos. No es equitativo que los riesgos de la desvalorización monetaria los soporte en su totalidad uno solo de los contratantes, mientras su contraparte ha sacado provecho indiscutible de esa circunstancia económica.

2. Ya la Corte Suprema de Justicia, desde su fallo de 24 de abril de 1979, apoyándose en los principios generales del derecho aceptó la corrección monetaria de determinadas obligaciones.

E inspirada por la equidad y con fundamento en el principio de la simetría de los contratos bilaterales, en sentencias posteriores ha sostenido que en casos de declaratoria de nulidad o resolución de actos jurídicos debe regir también una equivalencia entre las partes respecto de las prestaciones mutuas. Así, en su fallo de 7 de diciembre de 1982, proferido en el proceso ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar, dijo "... debido al proceso de pública notoriedad de la permanente desvalorización de la moneda, con el fin de evitar un empobrecimiento injusto a una parte, y a 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 va-

lor 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..."

Y relativamente al reajuste monetario en las prestaciones mutuas que deben cumplirse por los litigantes como consecuencia de la declaratoria judicial de un contrato, en su más reciente fallo de 24 de marzo de 1983, proferido en el ordinario de Clara Ortiz Barreto contra Gustavo Caicedo, dijo esta Sala: "Entonces, si con motivo del fallo de nulidad a una de las partes le corresponde devolver determinada suma de dinero y por el tiempo transcurrido entre el recibo de dicha suma y restitución no mantiene su valor real de cambio, por cuanto ha sido afectada por el fenómeno de la depreciación, la devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste, que comprende la desvalorización de la moneda, para lo cual debe tenerse en cuenta el índice anual del costo de la vida. Así como una de las partes, por efecto de la nulidad, va a recibir un bien raíz, seguramente valorizado, simétricamente la otra parte que va a recibir determinada suma de dinero se le debe entregar igualmente valorizado".

3. En la resolución de la sentencia que aquí es objeto de combate, el Tribunal sentenciador condenó a la sociedad demandante a restituir al demandado, como heredero de Blanca María Cabal de Ulloa, la suma de \$ 580.000.00 que aquella recibió de esta en razón de la promesa anulada y por concepto de parte del precio de la cosa prometida en compraventa; pero como no ordenó la consiguiente corrección monetaria, no obstante ser un hecho público y notorio el envilecimiento progresivo de la moneda, tiene que seguirse que infringió las normas legales sustanciales señaladas en la censura y por el concepto en este indicado, razón por la cual el fallo recurrido tiene que quebrarse.

V

Sentencia substitutiva

Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo segundo la senten-

cia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse; pero que como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicho cargo se le hace al fallo, en cuanto por este se omitió ordenar el reajuste monetario para la suma de dinero que la demandante debe restituir al demandado, la sentencia que la Corte tiene que dictar como Tribunal de instancia tendrá que limitarse a corregir tal omisión, reproduciendo las demás decisiones que trae el fallo recurrido que no fueron impugnadas, y las que, habiéndolo sido, los ataques respectivos no alcanzaron éxito.

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 6 de septiembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario, y actuando en sede de instancia

Resuelve:

Primero. Confirmanse los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, o sea de la proferi-

da el 8 de junio de 1981 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali...;

Segundo. Adiciónase dicha sentencia en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar a la demandante el valor de los frutos civiles producidos por el inmueble a partir del 28 de abril de 1980, los cuales serán tasados por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

Tercero. Se modifica el ordinal 3º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en el sentido de condenar a la demandante a restituir a Juan Fernando Ulloa Cabal, como heredero de Blanca María Cabal de Ulloa, la suma de \$ 580.000.00, junto con sus intereses legales.

Parágrafo. El pago de la suma aquí indicada se hará por la demandante al demandado con la consiguiente corrección monetaria.

Cuarto. Sin costas en la segunda instancia, ni en el recurso de casación.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura, con aclaración de voto.

Rafael Reyes Negrel Secretario

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

De las situaciones jurídicas entre particulares gobernadas por varios contratos. La nulidad de uno no afecta al otro, a menos que el declarado nulo sea principal y el otro accesorio

Proceso ordinario de Sociedad Industria Construcción Prefabricados Limitada contra Sucesión de Blanca María Cabal de Ulloa.

El fundamento de hecho del proceso es muy claro: Se celebraron dos contratos, primero uno de promesa de compraventa de un inmueble y luego otro de arrendamiento. Se declaró nulo el primero, pero no el segundo. En tales condiciones el casacionista plantea con claridad la tesis de que la restitución consecuencial de la nulidad del primer contrato no es legal, toda vez que el inmueble fue recibido en razón del segundo contrato, cuya nulidad ni se deprecó ni se decretó oficiosamente. Argumenta así el recurrente: "Si... decretada la nulidad por el juez 'cada una de las partes tiene que devolver a la otra *lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado*', para que procediera la condena al demandado a restituir el inmueble materia de la promesa de venta, era menester que éste lo hubiera recibido como prestación del contrato invalidado. De lo contrario, vale decir, si del contrato de promesa no aparece que se hubiera entregado el inmueble en cuestión al promitente comprador, no puede condenársele a restituirlo, como es obvio. Si para volver las cosas al estado anterior hay que deshacer lo hecho, al ordenar al demandado devolver un bien que no recibió en virtud del contrato, se estaría deshaciendo algo que no se hizo y que, por lo mismo, rebasaría los efectos de la sentencia de nulidad según el artículo 1746".

Ante tan contundente argumentación es necesario examinar en virtud de qué con-

trato se recibió el inmueble. ¿Lo fue en virtud del de promesa de compravender? La sentencia de que discrepo dice: "el demandado sí recibió y detenta el apartamento 402 citado *con causa en el contrato de promesa de compraventa*, o por virtud del cumplimiento de una de las prestaciones que dicha convención generó para la promitente vendedora" (subrayé). ¿Qué dice el contrato de promesa de compraventa sobre el particular? "*Tercera: El promitente comprador reconocerá y pagará al promitente vendedor intereses del uno y medio por ciento (1½%) sobre la referida cantidad de doscientos cincuenta mil pesos moneda corriente, intereses que deberán ser pagados mensualmente dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes en la oficina del promitente vendedor situada en el mismo edificio, desde la fecha en que el promitente comprador recibe la comunicación de que está listo para ser ocupado el apartamento materia de la presente promesa hasta el día en que el mismo promitente comprador formalice y suscriba con el Banco Central Hipotecario contrato provisional de arrendamiento del mismo apartamento cuya venta se promete*". En virtud de lo pactado en esta cláusula surge con carácter de verdad apodíctica que cuando se negoció el apartamento no estaba listo para ser ocupado y por tal razón no se entregó. Si alguna duda quedare sobre el particular la cláusula *quinta* del mismo contrato dice: "El promitente vendedor entregará al promitente comprador materialmente listo para ocuparlo el apartamento cuya venta se promete dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de este

documento, o antes de este plazo, mediante la notificación por medio de carta de ello dirigida al promitente comprador y siempre que: a) Que el promitente vendedor haya recibido efectivamente la cuota inicial del precio de venta y la carta de crédito bancario de que trata la cláusula cuarta de este contrato y b) Que el promitente comprador haya suscrito con el Banco Central Hipotecario el contrato de arrendamiento de que se habla en la cláusula tercera por el canon de arrendamiento que dicho Banco fijare". Las citas anteriores las he tomado del contrato de promesa de compravender que obra en autos, aportado por el actor, folios 19, 20 y 21. A los 22 y 23 obra el contrato de arrendamiento en cuya parte pertinente dice: "Nosotros, Blanca María Cabal de Ulloa, mayores de edad y vecinos de Cali, hacemos constar que mancomunadamente hemos recibido en arrendamiento del Banco Central Hipotecario (Departamento Fiduciario), sociedad anónima domiciliada en Bogotá, el siguiente inmueble: Departamento número 402 del Edificio Laurita de Alarcón situado en la carrera 2ª oeste número 5-286". Ciertamente el documento aportado con la demanda no aparece suscrito por el Banco arrendador pero no llama a duda que la Cabal de Ulloa expresado haber recibido a título de arrendamiento de dicha entidad. No cabe, pues, la más mínima incertidumbre sobre que la propia parte actora acepta la existencia de dos contratos diferentes sobre el mismo inmueble, el de promesa de compravender y el de arrendamiento, desde luego que aporta los documentos contentivos de ambos. Cuando la Sala afirma en la sentencia que "el demandado sí recibió y detenta el apartamento 402 citado con causa en el contrato de promesa de compraventa", está parcialmente en lo cierto: fue *con causa* en el contrato de promesa, pero por virtud de otro contrato. Como posteriormente la propia Sala lo confirma al finalizar el despacho del primer cargo, cuando dice: "la relación de causalidad existente entre el contrato de promesa y el de arrendamiento es tan evidente que no puede desconocerse".

Del análisis de los dos contratos y de la propia expresión de la Sala en la senten-

tencia de que discrepo se llega a la conclusión de que existieron dos contratos. No por el hecho de que el de arrendamiento tenga como causa el de promesa dejan de ser dos. Eso es lo importante.

Si eran dos los contratos y solamente se anuló uno, en principio los efectos de la nulidad del uno no pueden predicarse al otro, que ha quedado incólume.

Otra cosa muy distinta es que continuando con el razonamiento de la Sala, que se quedó trunco, de que un contrato le sirve de causa al otro, se saque una consecuencia que promulgué estérilmente en la discusión del proyecto, según la cual de conformidad con el planteamiento de la sentencia, el de promesa es frente al de arrendamiento un contrato principal y este accesorio respecto de aquel, a términos del artículo 1499 del Código Civil, que dice: "El contrato es *principal* cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y *accesorio*, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella".

Sea lo primero advertir que una cosa son los derechos reales principal y accesorio, según clasificación doctrinaria, a la cual en modo alguno me refiero, y otra muy diferente un contrato principal y un contrato accesorio, por definición legal. Dicho lo cual observo que la disposición transcrita se aplica con exactitud a los de promesa y arrendamiento. ¿Puede el de arrendamiento en el caso de autos subsistir por sí solo? En modo alguno. Es una consecuencia directa de la promesa. Es obvio que aisladamente considerado ninguno quería ser ni arrendador ni arrendatario. En cambio esta es principal porque puede subsistir sin el arrendamiento. Si no se hubiese efectuado el arrendamiento posiblemente ello implicaría un incumplimiento de la promesa, pero recuérdese que los que se incumplen son los contratos válidos, los que existen. Si ello es así, como evidentemente lo es, como lo reconoce la propia Sala al expresar que "la relación de causalidad existente entre el contrato de promesa y el de arrendamiento es tan evidente que no puede desconocerse", quiere decir lo anterior que el efecto está condi-

cionado a la causa. Entonces, aplicando un viejo aforismo según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la nulidad del contrato principal, el que según la Sala es causa del accesorio, apareja la de este. Con este enfoque se llega lógicamente a la conclusión de que el argumento del casacionista para que se le respete al máximo extremo el contrato accesorio es inane, porque la predicada nulidad del principal trae como consecuencia la del accesorio. Lo importante es que esta forma de argumentar evita la contradicción en que incurrió la Sala al afirmar a pie juntillas que el apartamento había sido recibido en virtud de la promesa, para concluir que existían dos contratos, aceptando así la tesis del

ensor. Es que, ciertamente, habiendo quedado la Sala en el argumento dado, lo lógico, lo jurídico, era casar la sentencia con fundamento en el primer cargo, porque estaba plenamente de acuerdo con el casacionista. Otro es evidentemente el resultado si aceptando con este que existieron dos contratos se les da al uno el tratamiento de principal y al otro el de accesorio.

Dejo en los anteriores términos consignada la razón de mi discrepancia en relación con la parte motiva con la cual se despachó el cargo primero de casación.

Bogotá, septiembre 15 de 1983.

Jorge Salcedo Segura.

CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS

Sujeto activo de la responsabilidad por la pérdida o avería de la cosa transportada. El derecho a reclamar del transportador la indemnización debida no pertenece simultánea sino sucesivamente al remitente y al destinatario, en su orden. Este último sólo puede ejercitar su derecho a partir del momento de llegada de la mercancía al punto de destino

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., octubre diecisiete de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de mayo de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por la Compañía "Enka de Colombia S. A." contra la sociedad "Rápido Occidente Víctor M. Nieto Ltda."

I

El Litigio

1. Mediante escrito de 29 de enero de 1976, que en repartimiento correspondió al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, la primera de las dos sociedades citadas demandó a la segunda a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que entre las sociedades "Enka de Colombia S. A." y "Rápido Occidente Víctor M. Nieto Ltda." se celebró, el 11 de febrero de 1974, un contrato mercantil de transporte de cosas, en calidad de remitente la primera, y transportadora la última;

b) Que la entidad aquí demandada incumplió dicho contrato, por cuanto las

mercancías objeto del pacto no fueron entregadas a sus destinatarios, ni devueltas a la empresa remitente;

c) Que, como consecuencia de las anteriores dos declaraciones, se condene a la sociedad demandada a pagar a la demandante la suma de \$ 648.081.20, correspondiente al costo de las mercancías puestas en el lugar y fecha previstos para la entrega, más el 25% de dicha cantidad, por concepto de lucro cesante; y,

d) Que se la condene igualmente al pago de las costas procesales.

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

a) El 11 de febrero de 1974 la sociedad "Enka de Colombia S. A.", entidad legalmente constituida y con domicilio en la ciudad de Medellín, contrató con "Rápido Occidente Víctor M. Nieto Ltda.", sociedad constituida también legalmente, con domicilio en Bogotá y que tiene en Medellín un establecimiento de comercio que se dedica, en su nombre y representación, a celebrar contratos de transporte de cosas por vía terrestre y por medio de vehículos automotores, la conducción de unas mercaderías de Girardota a Bogotá, para ser entregadas en esta capital, unas a "Tejidos Lafayette Ltda.", en la calle 23 No. 36-35, y otras a "Textiles Esmeralda S. A.", en la carretera al Muña;

b) Las mercancías objeto del transporte contratado, que la remitente entregó en

sus instalaciones de Girardota y que la compañía porteadora recibió allí en esa fecha, fueron las siguientes:

1º 96 cajas, con peso neto de 2.420,90 kilogramos de "Poliéster Filamento de referencia 150/32 SM... envuelto en elementos de empaque conocidos con el nombre de 'cops' o bobinas, cuyo número ascendía a 440...", con costo total de \$ 350.717,00, y que según orden de remisión No. 4.924 estaban destinadas a la "Fábrica Nacional de Tejidos Lafayette Ltda.";

2º Con destino a la misma compañía se remitieron también, según orden No. 4.883, 51 cajas, con peso neto de 1.029,40 kilogramos de "Nylon Filamento de referencia 70/24 SM... envuelto en elementos de empaque llamados 'cops', cuyo número ascendía a 765...", con un valor total, la mercancía y sus elementos de empaque, de \$ 130.300,20;

3º 62 cajas, con peso neto de 1.158 kilogramos de "Nylon Filamento de referencia 70/24 SM... envuelto en 1.680 'cops', con un costo total" de \$ 167.064,00, y que según orden de remisión No. 4.914 tenía como destinatario a la entidad "Textiles Esmeralda S. A.";

c) El 11 de febrero de 1974 la sociedad transportadora, en ejecución del pacto, con orden de cargue No. 53021 envió a las instalaciones de la empresa cargadora el camión marca "Austin", modelo 55, de placas No. V41246, afiliada a la empresa "Conaltra", conducido por su chofer Gonzalo Quintero Zapata, identificado con la cédula No. 4.308.422 de Manizales, a quien la sociedad "Enka de Colombia" entregó, previa identificación del conductor y del vehículo, las mercaderías que habrían de ser transportadas a Bogotá;

d) Las mercancías recibidas por la entidad demandada para ser conducidas a Bogotá no fueron entregadas a sus destinatarios, y así lo reconoció Horacio Duque Gómez, Gerente Seccional de "Rápido Occidente Víctor M. Nieto Ltda." en Medellín, en carta que envió a "Defencarga" el 25 de marzo de 1974, en donde afirma que ante tal ocurrencia se pusieron a indagar sobre el paradero del conductor del

camión "y hechas las averiguaciones del caso fueron localizados en Cali (alude al chofer y al dueño del vehículo) y en este momento los tienen privados de libertad ...";

e) Mediante el hecho 7º de su demanda afirma la demandante que al percatarse de que las mercancías no habían llegado a su destino, ni devueltas a su remitente, ella reclamó a la compañía transportadora por el incumplimiento del contrato mediante cartas de 7 y 29 de marzo de ese mismo año, sin haber obtenido explicación o respuesta alguna;

f) Que la empresa "Rápido Occidente Víctor M. Nieto Ltda." no ha indemnizado a la sociedad demandante del perjuicio sufrido por esta, equivalente "al precio de costo de la mercancía, de los elementos de empaque 'cops' o bobinas y del lucro cesante, que equivale al 25% del costo total de tales objetos"; y

g) Expresó finalmente la sociedad demandante que las empresas destinatarias de la mercancía, "Fábrica Nacional de Tejidos Lafayette Ltda." y "Textiles Esmeralda S. A.", "como es obvio, tampoco han cancelado a Enka de Colombia el precio facturado por los objetos que esta les remitió y que la empresa transportadora no condujo a su destino".

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

Después de negar algunos hechos y de exigir la prueba para los más, expresó la demandada "que no existe ninguna responsabilidad" de su parte "en el transporte de cosas a que se refiere la demanda"; y que, de otra parte, en el caso presente "debía de haberse demandado al propietario del vehículo, ya que, en esta clase de acciones son solidariamente responsables tanto el conductor o propietario del vehículo en que se transporta una mercancía, como la empresa transportadora". Con base en tal aserción propuso entonces, como previa, la excepción consistente en "no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario".

4. Tramitado que fue el incidente excepcional, el juzgado del conocimiento lo deci-

dió, rechazándolo, por auto de 5 de mayo de 1976.

En seguida se continuó el trámite del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por las partes, y finalmente, mediante su sentencia de 29 de mayo de 1980, el Juzgado Diecisiete Civil de este Circuito decidió el litigio así:

a) Declaró a la sociedad demandada civilmente responsable de la pérdida de las mercaderías a ella entregadas por la demandante para su conducción a Bogotá; b) la condenó, en consecuencia, a pagar a "Enka de Colombia S. A." el valor de tales mercancías, del cual dijo que para determinar su monto se debe tramitar el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; c) dispuso que de ese valor "deberá descontarse el transporte, teniendo en cuenta la tarifa aprobada por el Intra para el 11 de febrero de 1974, de Girardota (Ant.) a Bogotá"; y d) condenó a la demandada, finalmente, en las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta contra esta providencia por la parte desfavorecida con sus resoluciones, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de haber rituado legalmente la instancia, profirió su fallo de 30 de mayo de 1981, por el cual confirmó totalmente el apelado, con costas para el impugnante.

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

II

Fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras referirse a los antecedentes del proceso y al desarrollo de este, el Tribunal inicia las consideraciones de su fallo advirtiendo que en este caso la pretensión básica deducida por la demandante se contrae a que se reconozca la responsabilidad civil que incumbe a la sociedad demandada, por la pérdida de algunas mer-

caderías, que esta se obligó a transportar de Girardota a Bogotá, para ser entregadas a sus destinatarias, las compañías "Tejidos Lafayette Ltda." y "Textiles Esmeralda S. A."

Estima el Tribunal, y así lo asevera, que con recibo de orden de cargue No. 53021 de 11 de febrero de 1974 y la planilla No. 1406-236, está demostrado el contrato de transporte invocado en la demanda como fuente generadora de la obligación perseguida; y, de otra parte, la entrega de la mercancía que en esa fecha hizo "Enka de Colombia S. A." a "Rápido Occidente Víctor M. Nieto Ltda.", para que esta condujera a Bogotá y entregara a las dos compañías destinatarias.

2. Estudiando la responsabilidad de la sociedad demandada, expresa el *ad quem* en su sentencia que "si bien es cierto que el art. 984 del Código de Comercio, autoriza al transportador el encargar a terceros la conducción contratada, no lo exonera de *responsabilidad*, ni modifica las condiciones del *contrato*"; que el art. 1030 *ibidem* establece que "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".

En seguida afirma el sentenciador de segundo grado que con la carta de 25 de marzo de 1974, dirigida por "Rápido Occidente" a "Defencarga", cuyo texto transcribe, notando que fue debidamente reconocida por su autor Horacio Duque Gómez, queda acreditado que el cargamento objeto del transporte fue entregado por la entidad cargadora a la porteadora; y, de otra parte, que esta no entregó dicha mercadería a sus destinatarias.

3. De su análisis probatorio el Tribunal concluye que la entidad demandada sí es responsable "por no haber cumplido con su obligación de entregar las mercancías en el lugar de su destino", puesto que no probó fuerza mayor o caso fortuito. Dice al punto que si en la carta atrás referida, el precitado Duque Gómez "dice algo sobre un denuncia formulado contra el con-

ductor del camión y captura del primero, dentro del expediente no aparece demostrado ese hecho”.

Termina el Tribunal sus motivaciones haciendo notar que el juez *a quo* “omitió pronunciarse sobre el lucro cesante pedido en el aparte B) de la demanda”; pero añade que dicha omisión no puede subsanarse en la segunda instancia, por cuanto la sociedad demandante no apeló del fallo de primer grado y, por lo tanto, la condena al demandado a pagar ese aspecto del perjuicio reclamado por aquella implicaría una clara violación del principio prohibitivo de la reformación en perjuicio.

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación la demandada. En su respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula un solo cargo al fallo del Tribunal.

Mediante él lo acusa de ser directamente violatorio, por interpretación errónea, del artículo 1030 del Código de Comercio, y de los textos 1023, 1024 y 1035 de la misma codificación, estos por inaplicación.

2. Después de advertir que “se trata de un punto de puro derecho, que nada tiene que ver con la cuestión fáctica”, inicia el casacionista el desenvolvimiento de la censura.

Y al punto expresa que la *questio juris* anunciada por él, “radica en que el sentenciador interpretó erróneamente el art. 1030 del Código de Comercio, que es aplicable al caso del proceso, pero que, estableciendo *responsabilidad contractual* a cargo del transportador por la pérdida de la cosa transportada, no indica con toda claridad cuál de las otras dos partes contratantes —el remitente o el destinatario— puede exigirla. Para interpretar esta disposición legal, el Tribunal no consultó ninguna otra y entendió que la responsabilidad del transportador está establecida a favor del *remitente* sin limitación alguna, debiendo haber entendido que el re-

mitente sólo puede exigirla *antes de que tal derecho competa exclusivamente al destinatario*, de acuerdo con los artículos 1023 y 1024”.

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, agrega el censor que el Tribunal quebrantó, por inaplicación, los precitados artículos 1023 y 1024 del Código de Comercio, los cuales “delimitan claramente los derechos del remitente y los del destinatario, en forma tal que los de aquél cesan cuando los de este último comienzan a tener vigencia”.

Y añade que también quebrantó el fallo por el combatido el artículo 1035 de la misma codificación, al no aplicarlo al presente litigio, pues dicha norma legal, dice la censura, “expresa claramente cómo es al destinatario a quien compete reclamar la cosa transportada y ejercer contra el transportador los demás derechos a que la falta de entrega da lugar”.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª *Según lo preceptuado por el artículo 981 del Código de Comercio hoy vigente, el transporte es un contrato por el cual una persona se compromete, mediante una remuneración, a movilizar de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas.*

Los sujetos que, como partes necesarias en él, intervienen en la celebración de este contrato, están en principio limitados a dos: *el transportador*, que es la persona que asume la obligación de conducción; y *el remitente*, que es la que encarga la conducción, por cuenta propia o ajena. Pero cuando del *transporte de cosas* se trata, en la mayoría de los casos aparece una tercera persona, que es *el destinatario*, o sea aquella a quien se remiten las cosas, aunque esta puede ser el mismo remitente.

Establece el artículo 1008 de la codificación en cita que “se tendrán como partes en el contrato de transporte de cosas el transportador, el remitente y el destinatario”; y agrega que “una misma persona podrá ser a un mismo tiempo remitente y destinatario”.

No tratándose de este último supuesto, generalmente el destinatario no interviene en la celebración misma del contrato, pero este produce efectos en cuanto a él puesto que le confiere derechos y le impone obligaciones.

2ª Del contenido de las normas que integran el Título IV, Libro Cuarto del Código de Comercio, singularmente de sus artículos 982, 989, 1008, 1013, 1014, 1015, 1023, 1024, 1030 y 1031, se puede afirmar que el transporte de cosas, que es contrato bilateral y oneroso, genera para el porteador las siguientes cuatro obligaciones principales: a) recibir de su remitente las mercancías a conducir en el tiempo y lugar convenidos; b) efectuar el transporte de ellas en las condiciones estipuladas contractualmente, dentro del plazo convenido y por el medio también acordado; c) custodiar y conservar los objetos que recibe para su conducción, desde cuando ellos queden a su disposición y hasta la entrega; y d) entregar, en el lugar de su destino y una vez concluido el viaje, las cosas, mercaderías u objetos que recibió para su movilización a otro lugar.

Y como es apenas obvio afirmarlo, cuando el transportador incumple una o algunas de sus obligaciones compromete su responsabilidad civil. De manera que esta puede encontrar su causa en la negativa del porteador a recibir las mercancías en el lugar y tiempo convenidos, en la pérdida o avería de ellas, o en el retardo de su entrega, debiendo por tanto indemnizar los perjuicios que con su incumplimiento haya causado, ora al remitente o ya al destinatario.

3ª Todo el que se encarga de conducir mercancías de un lugar a otro, mediante un flete, es responsable a las partes, responsabilidad que comienza a correr desde cuando ellas quedan a su disposición y hasta cuando las entregue. "El transportador responderá —dice el artículo 1030 del Código de Comercio— 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 dichos pérdida, avería o retardo se deban a una fuerza mayor no

imputable a su culpa, o a vicio inherente de la cosa transportada, o a la culpa exclusiva del remitente o del destinatario" (art. 992 *ibídem*).

Mas como tanto el remitente como el destinatario son parte en el contrato de transporte, y como éste y aquél tienen derecho, según las normas del Código de Comercio, a retirar las cosas transportadas una vez estas han llegado a su destino, es preciso determinar quién es el sujeto activo de la responsabilidad por la pérdida o avería apuntadas; si tal derecho pertenece simultáneamente al uno y al otro, o si se radica sucesivamente primero en el remitente y luego en el destinatario; y si esto es así, en qué momento cesa para aquél y comienza para éste.

4ª Para resolver la cuestión planteada es preciso, en acatamiento a los preceptos legales pertinentes, hacer un distingo: si el transportador expidió, al celebrar el contrato, carta de porte; o si no lo hizo, pues tal deber sólo es obligatorio "cuando el reglamento dictado por el Gobierno lo exija" (art. 1018).

En verdad que al punto no se presente problema cuando hay carta de porte, como tampoco existe cuando remitente y destinatario son la misma persona: en el primero, porque en tal supuesto los derechos a retirar la mercancía, como el de reclamar del transportador la indemnización debida por la pérdida, avería o retardo en la entrega de ella, sólo corresponden, según la ley (arts. 1020, 1023 y 1024 *eiusdem*) "a quien sea legítimo tenedor del original de la carta de porte"; y en el segundo, porque si remitente y destinatario se confunden en la misma persona, es esta la única titular del derecho a exigir del porteador la responsabilidad consiguiente.

El cuestionario requiere análisis, en cambio, cuando, como ocurre en el caso que aquí se estudia, no hay carta de porte y remitente y destinatario son personas diferentes. Aún cuando, por claro mandato de la ley tiene que decirse desde ya, y ello es apenas obvio, que se trata no de un derecho que pertenece simultáneamente a éste y a aquél, sino sucesivamente primero al remitente y luego al destinatario. Refi-

riéndose a tal facultad, expresa en efecto el precitado artículo 1023, in fine: "El derecho del remitente cesará en el momento en que comience el del destinatario, conforme al artículo 1024. Sin embargo, si el destinatario rehusa la mercancía, o si no es hallado, el remitente cobrará su derecho de disposición".

5ª Establece el artículo 1023, citado, que "El remitente tendrá derecho, a condición de cumplir todas sus obligaciones resultantes del contrato de transporte, a disponer de la mercancía, sea retirándola del sitio de partida o del de destino, sea deteniéndola durante la ruta, sea disponiendo su entrega en el lugar de destino o durante la ruta a persona distinta del destinatario designado en la carta de porte o en el conocimiento de embarque o sea solicitando su retorno al sitio de partida, siempre que el ejercicio de tal derecho no ocasione perjuicio al transportador ni a otros remitentes y con la obligación de reembolsar los gastos que motive. En el caso de que la ejecución de las órdenes del remitente sea imposible, el transportador deberá avisarlo inmediatamente" (subraya la Sala).

Según pues esta norma el remitente conserva, durante la conducción de la mercancía y aún después de llegada al lugar de su destino, poder dispositivo sobre tal mercancía, desde luego que puede legítimamente ordenar un cambio de ruta o de destinatario, retirándola cuando haya llegado y aún solicitar su retorno al sitio de partida. Lo cual significa que, en casos de pérdida o avería de las cosas materia de la conducción, dicho remitente está legitimado para demandar del transportador la responsabilidad proveniente de la pérdida total o parcial de los objetos transportados, lo mismo que de su avería o retardo en la entrega.

Y si por su parte el destinatario también es titular, en principio, del derecho a que se le entregue por el transportador la mercancía y, por ende, a reclamar la indemnización en caso de pérdida o avería de esta, tal facultad sólo nace para él a partir del momento de "la llegada de la mercancía al punto de destino", límite temporal que

indica el artículo 1024, citado. Dice en efecto esta norma que "Salvo en los casos indicados en el artículo precedente", o sea cuando el destinatario rehusa la mercancía, o si no es hallado, "el destinatario tiene derecho, desde la llegada de la mercancía al punto de destino, a solicitar del transportador que le entregue la mercancía, contra el pago de las sumas a su cargo, de conformidad con el artículo 1009 o la aceptación de la factura cambiaria, en su caso, y al cumplimiento de las condiciones de transporte, indicadas en el contrato de transporte" (subraya la Sala).

Y agrega el art. 1035 ídem que el destinatario puede reclamar la cosa transportada y "ejercer contra el transportador sus demás derechos, cuando se hayan pagado el flete y demás gastos del transporte, conforme a los artículos anteriores", lo cual supone que es a partir del arribo de la mercancía al lugar del destinatario.

6ª En este orden de ideas no parece equivocado afirmar que, en lo tocante con la responsabilidad del transportador consagrada en el artículo 1030 del Código de Comercio, es la misma ley la que demarca o delimita el momento preciso en que cesa el derecho del remitente y comienza el del destinatario: "la llegada de la mercancía al punto de destino". Demarcación que por lo demás es razonable si se piensa que como el destinatario no interviene, inicialmente, en la concertación del transporte, solamente a partir del incumplimiento de la condición dicha, o sea desde la llegada de la mercancía al sitio de destino, puede aceptar las obligaciones y derechos que para él fluyen de tal concertación y, por ende, sólo a partir de entonces no podrá modificarse sin su consentimiento.

De allí que, en su sentencia de 24 de febrero o de 1971 la Corte, luego de advertir que el transporte es contrato de ejecución sucesiva y comprende tres etapas que son: a) la recepción y la carga de las mercaderías; b) la conducción de estas; y c) su entrega, dijo que "durante las dos primeras citadas etapas, las obligaciones del cargador son exigibles por el porteador, las del porteador por el cargador y las de uno y otro por el consignatario.

Pero durante la tercera etapa, la obligación del porteador de entregar las mercancías ya transportadas sólo es exigible por el consignatario o por sus causahabientes a título universal o singular”.

Y agregó la Sala en dicho fallo, que “La responsabilidad por pérdidas, faltas o averías de las cosas transportadas, ocurridas durante la conducción, es exigible al porteador por el cargador, el consignatario o el dueño de tales cosas, con crédito privilegiado a favor del primero de estos acreedores (arts. 283 y 289). La responsabilidad proveniente de la ocurrencia de cualquiera de tales eventos una vez terminada la conducción, sólo puede ser exigida al porteador por el consignatario” (G. J., CXXXVIII, 148 y 149).

Y posteriormente, en sentencia de 23 de enero de 1980, proferida en el ordinario de “Tejidos Cóndor S. A.” contra Rafael Salazar, dijo la Corporación en torno a la misma cuestión que aquí se considera: *“Pero es que si se analiza el contenido de la norma en comento, no puede ciertamente atribuírsele a ella el sentido restringido que la censura le limita, o sea que la indemnización por pérdida de la mercancía le corresponde únicamente al destinatario de ella y no al remitente. Este precepto legal concreta la obligación de indemnizar que en tal supuesto ocurre a cargo del transportador, sin distinguir si es a favor del remitente o del destinatario, lo que autoriza afirmar que será para éste o para aquél según que, en el momento de la pérdida de las cosas transportadas, la propiedad de estas corresponda al uno o al otro”* (sentencia no publicada aún en la Gaceta Judicial).

7: Como lo indican las cartas de 7 y 29 de marzo de 1974, dirigidas por “Enka de Colombia S. A.” a la empresa transportadora, y lo reitera la que esta Compañía dirigió a “Defencarga” el 25 de ese mismo mes, las mercancías remitidas de Girardota a Bogotá “no llegaron a su destino”. Es esta una conclusión de hecho que, de otra parte, el recurrente en casación acepta al no impugnarla en el recurso y que, por ello, resulta inmodificable por la Corte.

Siendo ello así, como en realidad es, tiene que aceptarse que los artículos 1024 y 1035 del Código de Comercio no son aplicables al caso presente, sencillamente por cuanto el no arribo de la mercancía al lugar de su destino, impide absolutamente establecer relación de semejanza entre el supuesto concreto del caso que se resuelve y el hipotetizado por esas normas.

Y si las tales mercancías jamás llegaron a la ciudad de Bogotá, que era el lugar de su destino, no podía el Tribunal desconocer el derecho del remitente a demandar el pago de su valor, so pena de aceptar la irresponsabilidad del transportador por la pérdida culposa y ante la manifiesta indiferencia de las dos destinatarias por la suerte de los objetos transportados.

De todo lo cual tiene que seguirse que no incurrió el sentenciador de segundo grado en ninguno de los errores *in judicando* que la censura le enrostra, y que, por lo consiguiente, el cargo formulado tiene que rechazarse.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura, con salvamento de voto.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVEDAD DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

La falta de entrega de la mercancía, cuando existe, es un supuesto de hecho totalmente diferente de su pérdida, cada uno de los cuales está regido por normas distintas. La legitimación en la causa activa para deprecar la acción de responsabilidad por la pérdida de la cosa transportada

Proceso ordinario de Enka de Colombia S. A. contra Rápido Occidente Víctor M. Nieto Ltda.

El caso contemplado en la sentencia de que discuerdo en su parte motiva, hace referencia a la pérdida total de la mercancía transportada. Inconforme el transportador demandado con la condena que se le impuso recurrió en casación, sosteniendo en su correspondiente demanda que el Tribunal violó los artículos 1023, 1024 y 1035 del Código de Comercio por falta de aplicación, porque, en su concepto, tales normas son las que regulan el supuesto de hecho relatado en el libelo de demanda en concordancia con el 1030 y, según ellas, el titular de la acción indemnizatoria era exclusivamente en el caso de autos el destinatario, puesto que la titularidad del remitente cesa cuando la de aquél empieza a tener vigencia. La Corte, entrando en el planteamiento errado del censor, trató de dilucidar si el derecho a recabar indemnización por pérdida pertenece simultáneamente al remitente o al destinatario, "o si se radica sucesivamente primero en el remitente y luego en el destinatario; y si esto es así, en qué momento cesa para aquél y comienza para éste". Y concluyó así: "... se trata no de un derecho que pertenece simultáneamente a éste y aquél, sino sucesivamente primero al remitente y luego al destinatario", de conformidad con las normas que el casacionista estimó inaplicadas. En el anterior aserto radica el punto central de mi disconformidad. Y

estriba en que ciertamente el Código de Comercio ha delimitado en el tiempo el derecho del remitente y del destinatario, pero para "disponer de la mercancía, sea retirándola del sitio de partida o del de destino, sea deteniéndola durante la ruta, sea disponiendo su entrega en el lugar de destino o durante la ruta a persona distinta del destinatario designado en la carta de porte o en el conocimiento de embarque o sea solicitando su retorno al sitio de partida" según el 1023, o para que el destinatario pueda "desde la llegada de la mercancía al punto de destino" solicitar su entrega, según el 1024. La Corte concluyó que como la mercancía aún no había llegado al punto de destino, el único que podía reclamar la indemnización era el remitente que demandó, razón por la cual se abstuvo de casar la sentencia. En su parte resolutive estoy de acuerdo, pero por razones muy otras, que paso a explicar:

Las normas que citó el casacionista y que la Corte glosó en la sentencia regulan el supuesto de hecho de que la mercancía exista. Parece claro que en tal hipótesis el derecho a disponer de ella sea alternativo, primero del uno y luego del otro, y está bien que así lo haya estipulado la ley porque el derecho simultáneo de remitente y destinatario se prestaría a confusiones. Pero cuando la mercancía ya no existe, cuando jurídicamente pereció, el caso es bien distinto y el legislador lo trata en normas diferentes de las comentadas, en

los artículos 1030, 1031 y 1032 del Código de Comercio.

La inobservancia por parte del transportador de los artículos 1023 y 1024 daría lugar a una acción ejecutiva, para que cumpla el contrato. La de los artículos 1030, 1031 y 1032 a una acción indemnizatoria. La primera parte de la base de que la cosa transportada existe. La segunda de que no existe, o que existiendo es inútil. Lo menos que pudo hacer el legislador fue tratar los dos supuestos de hecho diferentes en normas distintas. Si para resolver el segundo supuesto la Corte glosa las normas referentes al primero, incurre en grave yerro.

¿Quién es, entonces, el titular para deprecar la acción indemnizatoria? El Código no lo dice, y está bien que así sea. Porque la verdad es que a la acción indemnizatoria tiene derecho el que haya sufrido el perjuicio. Y como ciertamente el daño por la pérdida de la cosa lo pudo haber sufrido el remitente, el destinatario o un tercero, cualquiera tiene acción para deprecar su indemnización, independiente o simultáneamente, siempre que demuestre su interés.

Ahora bien, para la Corte, en caso de pérdida de la mercancía, ¿el destinatario tiene acción para recabar la indemnización? Que no, parece ser la tesis de la Sala. Pero su criterio se contradice cuando en apoyo de su opinión transcribe otra sentencia suya fechada el 23 de enero de 1980, según la cual la ley no distingue "si es a favor del remitente o del destinatario, lo que autoriza afirmar que será para éste o para aquél según que, en el momento de la pérdida de las cosas transportadas, la propiedad de estas corresponda al uno o al otro". ¿Al fin, entonces, la acción indemnizatoria corresponde exclusivamente al remitente, primero, y al destinatario, después de la llegada de la mercancía al lugar de destino, según la sentencia de hogaño, o a quien demuestre ser el propietario, según la de antaño?

El criterio para determinar la titularidad de la acción indemnizatoria contra el transportador en caso de pérdida de la mercancía no puede restringirse ni en el

tiempo, haciéndola alternativa, ni en consideración a quien demuestre la calidad de dueño, pues debe ser aún más amplio. Es titular de la acción indemnizatoria quien demuestre haber sufrido el perjuicio. Entonces puede ser el remitente o el destinatario, o ambos, simultáneamente. Si, por ejemplo, el remitente era el dueño de la mercancía perdida, nadie puede poner en duda que tiene interés y derecho a reclamar su valor. Pero si el destinatario se vio perjudicado con la pérdida, porque determinó el cierre temporal de una fábrica por falta de materia prima, ese otro perjuicio, totalmente diferente del derivado de la calidad de propietario, también debe ser indemnizado. Y, ¿por qué no?, también tiene derecho un tercero, totalmente ajeno a la relación contractual, a reclamar los perjuicios que la pérdida de la cosa le haya podido causar, sólo que en este caso tal supuesto es un hecho que daría lugar a una indemnización extracontractual. En otras palabras, el hecho de la pérdida es un fenómeno de incumplimiento que le permite a todas las partes del contrato exigir la indemnización de los daños sufridos, probando la relación contractual y el perjuicio, pero frente a terceros es un hecho que eventualmente daría lugar a una responsabilidad extracontractual.

Faltaría por analizar si el destinatario es frente al contrato de transporte parte o un tercero. Pese a la forma tan perentoria como el artículo 1030 del Código de Comercio predica que en el de cosas el destinatario es parte, preciso es puntualizar que cuando éste ha expresado su voluntad contractual será parte y de no, se estará en presencia del fenómeno de la estipulación para otro, en virtud del cual a voces del artículo 1506 del Código Civil "sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado". Es claro, entonces, que frente a la acción ejecutiva a que daría lugar la inejecución del contrato, a la luz de los artículos 1023 y 1024, el titular sería el tercer beneficiario. No resulta igualmente claro si ese tercero tenga una acción contractual o extracontractual para deprecar la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada.

Finalmente; se debe puntualizar con toda claridad que un acontecimiento determinado, que puede ser catalogado para un contratante como un incumplimiento, puede ser simultáneamente frente a un no contratante el hecho generador de la obligación de indemnizar, siempre que se demuestre que ocurrió por dolo o culpa del agente, que causó un daño y que entre éste y aquél existe una relación de causalidad. En la acción contractual la prueba consiste en que el contrato se celebró y se incumplió. En la extracontractual en la ocurrencia del hecho dañoso o culposo, en el daño y en la relación de causalidad. In-

dependientemente de su distinta actividad procesal es lo cierto que la pérdida de la cosa transportada puede generar responsabilidad contractual frente a las partes y responsabilidad extracontractual frente a terceros, y no en la forma restringida como lo predicó la Sala en el fallo de que he venido discrepando.

Queda en los anteriores términos explicado mi criterio disidente.

Bogotá, octubre diecisiete de mil novecientos ochenta y tres.

Jorge Salcedo Segura.

ESTADO CIVIL

Características. Su indivisibilidad. Su prueba. Reconocimiento del hijo natural en la partida de registro civil. La invalidación de una partida eclesiástica, no corresponde a la justicia civil

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., octubre veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I

Prolegómenos

En este proceso están plenamente demostrados, con los elementos de juicio eficaces y adecuados, es a saber, las partidas eclesiásticas o notariales del caso, según las fechas de ocurridos los hechos o actos de que ellas dan fe, los autos que por orden cronológico se exponen enseguida:

1. *Agustín Tobón* contrajo matrimonio católico con *Pastora Vallejo* el 26 de octubre de 1933 en la Iglesia Parroquial San Nicolás de Rionegro;

2. *Angela Consuelo Tobón Vallejo*, hija de los contrayentes mencionados en el punto anterior, nació en Rionegro el 11 de noviembre de 1934 y según la nota marginal de su partida de bautismo, se casó el 12 de febrero de 1961 con *Augusto Mesa*;

3. El 31 de marzo de 1969 se sentó en la Notaría 10ª de Medellín la partida de nacimiento de *Carlos Mario Jiménez Salazar*, nacido el 25 de los mismos, hijo de *Manuel Adán* y de *Ofelia*;

4. *Carlos Mario Jiménez Salazar*, hijo de *Manuel Adán Jiménez* y *Ofelia Salazar*, fue bautizado en la Vicaría perpetua del Hospital de San Vicente de Paúl, el 17 de abril de 1969;

5. En la Parroquia de Jesús Nazareno de Medellín fue sentada el 4 de marzo de 1974, la partida de bautismo de *Carlos Mario*, nacido el 25 de marzo de 1970, hijo de *Agustín Tobón* y de *Ofelia Salazar*;

6. En la Notaría 7ª de Medellín, en agosto de 1974, se registró el nacimiento de *Carlos Mario Tobón Salazar*, nacido el 25 de marzo de 1970, hijo de *Agustín Tobón*, quien lo reconoció como hijo natural suyo "con el lleno de las formalidades legales, de lo cual el suscrito Notario da fe" y de *Ofelia Salazar*;

7. *Agustín Tobón* murió en la misma ciudad el 2 de mayo de 1975;

8. El 18 de junio de 1975, mediante escritura No. 946 otorgada en la Notaría 10ª de Medellín, *Manuel Adán Jiménez* reconoció en forma libre y espontánea como su hijo natural al menor *Carlos Mario Jiménez Salazar*, hijo de *Ofelia Salazar* y nacido el 25 de marzo de 1969 en el Hospital de San Vicente de Paúl de Medellín y lo autorizó para llevar su apellido;

9. En el proceso de sucesión *ab intestato* de *Agustín Tobón*, el Juez Civil del Circuito de Rionegro, por auto del 7 de julio de 1975 reconoció como interesadas a *Pastora Vallejo de Tobón* y a *Consuelo Tobón de Mesa* en sus calidades de cónyuge sobreviviente y heredera, como hija legítima, en su orden. Posteriormente, por auto del 26 de agosto del mismo año, reconoció al menor *Carlos Mario Tobón Salazar* como heredero del causante en su *calidad de hijo natural* del mismo. Así aparece de las copias correspondientes que presentó la parte actora y que obran a folios 17 y 18 del cuaderno principal.

II

La demanda

Manuel Adán Jiménez Gutiérrez, con apoyo en los anteriores hechos, expuso en síntesis que mantuvo relaciones sexuales estables con Ofelia Salazar desde 1969 hasta 1971, como consecuencia de las cuales nació en Medellín el 25 de marzo de 1969 un hijo a quien se llamó Carlos Mario, que fue bautizado el 17 de abril del mismo año. "Proporcioné de mi peculio el ajuar para el niño —agregó Manuel Adán en su libelo— y sufragué los gastos de hospedaje en la casa de Divina Providencia".

Sin embargo, María Ofelia Salazar hizo bautizar al niño por segunda vez "con fines proclives" con apellidos de Tobón Salazar, haciéndolo figurar como hijo de Agustín Tobón Orozco y "nacido esta vez el 25 de marzo de 1970", acta de bautismo que utilizó para sentar en la Notaría 7ª de Medellín la partida civil de nacimiento y el simulado reconocimiento por parte del pretendido segundo padre natural, don Agustín Tobón Orozco.

"Se ha creado con los hechos posteriores al nacimiento y primer bautizo de *Carlos Mario* una dicotomía en su estado civil de hijo natural por una doble paternidad que es necesario destruir estableciendo judicialmente su verdadero estado, que no es otro que el consignado en el acta parroquial de 1969, en la que aparece como hijo natural de María Ofelia y Manuel Adán, y en la posesión notoria del mismo".

En consecuencia, pidió que con citación del menor Carlos Mario Jiménez Salazar o Tobón Salazar, representado por su madre natural María Ofelia Salazar Salazar, y de Consuelo Tobón de Mesa, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1. Que Carlos Mario Jiménez Salazar tiene el estado civil de hijo natural de Manuel Adán Jiménez Gutiérrez y María Ofelia Salazar Salazar, cuyo nacimiento ocurrió en Medellín el 25 de marzo de 1969, y no le pertenece el supuesto estado de hijo natural de Agustín Tobón Orozco.

"2. Que como consecuencia se ordene la cancelación del registro de nacimiento

asentado en la Notaría Séptima de Medellín el día 13 de agosto de 1974, identificación 70 03 25 No. 06348, y de la partida bautismal de agosto 4 de 1974, parroquia de Jesús Nazareno de Medellín, que sirvió para asentar posteriormente la primera, en la que consta que es hijo natural de Agustín Tobón Orozco.

"3. Que se tome nota de esta sentencia en el registro de nacimiento asentado en la Notaría Décima de Medellín, folio 1365634 del libro de registro civil de nacimientos para los fines legales.

"4. Que si los demandados se oponen sean condenados en costas".

III

El proceso

Ofelia, en nombre de su menor hijo, se opuso a las pretensiones del demandante, confesó haber tenido relaciones sexuales tanto con Tobón como con Manuel Adán a partir de 1969 y agregó que en la primera partida de bautismo se había hecho aparecer a Jiménez como padre de la criatura, porque Tobón había querido mantener en secreto sus relaciones con ella y que Carlos Mario fuera hijo suyo. Hizo énfasis en que el verdadero padre del niño era Agustín Tobón y que la diferencia de fecha del nacimiento de Carlos Mario que aparece en las dos partidas de bautismo obedeció a un error de la persona que las extendió.

En cambio, Consuelo Tobón de Mesa manifestó estar en un todo de acuerdo con las pretensiones de la parte actora y con los hechos que les sirven de fundamento.

Las partes hicieron amplio uso de su derecho a demostrar sus respectivas afirmaciones y de alegar de conclusión. El juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia, luego de muy demorada tramitación, mediante el fallo fechado el 10 de julio de 1980, en el que denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora. El juez *a quo*; al motivar su decisión, transcribió varios párrafos de la providencia proferida el 4 de octubre de 1978 por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso penal adelanta-

do contra María Ofelia Salazar Salazar por el *delito de falsedad en documentos*, en la que se profirió sobreseimiento definitivo en favor de la sindicada. Este proceso tuvo origen en los mismos hechos que se debaten en el presente.

La parte demandante apeló de la sentencia en cuestión, y el Tribunal, en extensa providencia del 3 de noviembre de 1981, la confirmó adicionándola con el siguiente pronunciamiento: "Se dispone la cancelación de la escritura pública No. 946 de 18 de junio de 1975 de la Notaría Décima del Círculo de Medellín, relacionada con el reconocimiento hecho por el demandante del menor Carlos Mario como su hijo natural".

Ha llegado la oportunidad de decidir el recurso de casación que interpuso el actor contra la sentencia del Tribunal que se acaba de mencionar, por estar agotada la tramitación del caso y no haber ningún motivo legal que lo impida.

IV

Motivación del fallo impugnado

"De la lectura del contenido de la demanda —afirma el Tribunal—, se colige que el demandante Manuel Adán Jiménez no está conforme y por el contrario manifiesta su discrepancia, su rechazo, al reconocimiento que hizo el señor Agustín Tobón Orozco, el día 13 de agosto de 1974, en la Notaría Séptima de esta ciudad de su hijo natural Carlos Mario, y no está de acuerdo porque el demandante alega ser el verdadero padre natural, cuyo reconocimiento lo hizo el 18 de junio de 1975, vale decir, pasados diez meses del realizado por el señor Tobón Orozco".

El sentenciador hace enseguida un breve análisis jurídico del reconocimiento de *la paternidad natural* y destaca su característica de ser irrevocable. Más adelante acomete el estudio de la impugnación de tal reconocimiento, de las personas que pueden ejercerla, de la carga probatoria respectiva y transcribe la opinión de un tratadista nacional sobre el tema.

Sobre esas bases y refiriéndose ya al caso *sub judice*, analiza la nota del recono-

cimiento del menor Carlos Mario que hizo Tobón en el correspondiente registro civil de nacimiento y agrega: "Cabe anotar cómo, con anterioridad a este reconocimiento no figura que se hubiera registrado otro de índole civil. De otro lado, en relación con la copia de una partida de bautismo de origen eclesiástico allegada, en donde aparece el señor Manuel Adán Jiménez como padre natural del menor Carlos Mario, no figura que dicho señor hubiera firmado la correspondiente acta en señal de reconocimiento... La parte demandante —añade—, ha debido dirigir su ataque en demostrar que el reconocimiento hecho por el señor Agustín Tobón Orozco, con anterioridad al suyo, no fue libre y sincero o que fue simulado".

Enseguida trae a cuento el sentenciador el proceso penal que el doctor Augusto Mesa R. yerno del señor Tobón Orozco promovió contra Ofelia Salazar, madre de Carlos Mario, en el que el denunciante "insistió en que la presunta sindicada se valió de engaños para que el señor Agustín Tobón Orozco reconociera como su hijo natural al menor Carlos Mario, tanto en el acto de registro civil de nacimiento, como la partida de origen eclesiástico", proceso que culminó con el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal en favor de Ofelia Salazar.

Tras de transcribir largos párrafos de la referida providencia advierte: "Cabe anotar cómo la prueba recogida en el proceso penal así como sus providencias, por no haber intervenido como parte en aquel proceso el demandante, no tiene el mérito de plena prueba, sí constituye indicio grave, concordante y convergente en relación con las demás pruebas que obran en este expediente.

"Por más esfuerzo que se hizo en el proceso penal mencionado —continúa el sentenciador— para acreditar que la madre del menor Carlos Mario empleó argucias, artificios, engaños, para obtener el reconocimiento y que este no fue sincero por parte del señor Tobón Orozco, no logró demostrarse y como consecuencia fue sobreseída definitivamente la señora Salazar Salazar de los cargos formulados (otros

cargos, falsedad en documentos y homicidio en la persona del padre natural). Ahora dentro del presente proceso ordinario, la parte demandante no logró acreditar que el reconocimiento hecho con anterioridad al suyo por parte del señor Tobón Orozco, no fue sincero, ni libre o que estuviera afectado de simulación... o la absoluta imposibilidad física por parte del señor Tobón de haber tenido acceso a María Ofelia... durante el tiempo en que se presume se efectuó la concepción; antes por el contrario, aparece demostrado que la señora Salazar Salazar a partir del año de 1957 hasta la fecha en que se presentó el deceso del señor Tobón Orozco (año 1975) se desempeñó como empleada de medio tiempo al servicio del señor Tobón... a excepción del tiempo en que con ocasión del parto estuvo incapacitada”.

El fallador se refiere enseguida a la *exceptio plurium constupratorum* prevista por las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968 y dice que esta, a su turno, puede ser desvirtuada o contrarrestada cuando se prueba que el presunto padre natural “por actos positivos acogió al hijo como suyo, entonces carece de valor demostrar ya la imposibilidad física para engendrar... durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción o porque la madre natural tuvo relaciones con otros hombres...”. En vista de que Tobón reconoció a Carlos Mario cuando ya estaba en vigencia la Ley 75, el Tribunal considera aplicable al caso controvertido la norma legal en referencia “y se tiene como actos evidentemente positivos de acoger a Carlos Mario como su hijo natural, el reconocimiento que en forma libre, voluntaria y espontánea se hizo en el registro de bautismo de origen eclesiástico, como en el registro de nacimiento de origen civil”.

Transcribe doctrina de la Corte en respaldo de su tesis y agrega que precisamente una de las formas de reconocimiento de hijo natural es irrevocable y que puede hacerse, entre otros, en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce, como lo hizo Tobón con Carlos Mario. “El reconocimiento fue hecho por persona capaz, que consintió en dicho acto, consentimiento que no aparece afectado por

vicios y no hace relación a objeto o causa ilícita”.

El Tribunal hace referencia a ciertas actuaciones cumplidas en el proceso penal en las que tomó parte Manuel Adán Jiménez, tales como el careo con Ofelia Salazar, algunos de cuyos apartes transcribe, y su declaración testimonial, y dice que por esa razón tales pruebas sí pueden ser apreciadas en este proceso. Pone de presente que Manuel Adán ya después de haber rendido testimonio “en las diligencias penales preliminares” efectuó el reconocimiento notarial del menor. Al transcribir el citado careo con Ofelia, el sentenciador destaca que Jiménez afirmó en esa diligencia que Mesa, el marido de la demandada Consuelo Tobón, le prestó cincuenta mil pesos sin plazo ni garantía y le manifestó que si le iba bien en los negocios lo podía ayudar con otro tanto “a ver si yo compro con esa platica un carro para ponerme a trabajar”.

“Aparecen indicios graves, concordantes y convergentes (Art. 248 y ss.) que relacionados con las pruebas allegadas, de las cuales se colige que durante el tiempo en que se presume tuvo lugar la concepción de Carlos Mario, la madre natural de este sostuvo relaciones sexuales tanto con el señor Tobón Orozco como con Jiménez Gutiérrez, pero como quedó claro del estudio anterior, el señor Tobón Orozco, con anterioridad a cualquier otro reconocimiento, procedió a realizarlo en el acta de nacimiento de Carlos Mario...; este reconocimiento tiene carácter de irrevocable y la *exceptio plurium constupratorum* no le es válida alegarla ahora... y menos aún el demandante...”.

A renglón seguido menciona el sentenciador la prueba pericial que decretó oficiosamente y que fue practicada en segunda instancia, en la que dicen *los expertos* en antropo-heredo-biología, que no se puede excluir la paternidad del demandante respecto de Carlos Mario, lo que no quiere decir que sea en definitiva su padre natural y que esta circunstancia apenas constituye una posibilidad, porque la prueba en cuestión no es concluyente a ese respecto.

Más adelante el sentenciador considera necesario hacer "especial mención" de que en el careo en el proceso penal entre el demandante y Ofelia Salazar, aquél manifestó "que no le había hecho gasto alguno al menor Carlos Mario, debido a que se encontraba económicamente muy mal y señaló textualmente 'y por eso no he podido ayudarlo económicamente en nada'. Cabe anotar —agrega— cómo no se necesita ser pudiente para prestar ayuda a quien verdaderamente se tiene por hijo; dentro de las limitaciones pecuniarias también se puede colaborar a una persona, especialmente cuando en realidad es el hijo".

El Tribunal hace énfasis en que fue necesario que se iniciara el proceso de sucesión de Tobón Orozco y que en él se reconociera al menor Carlos Mario como heredero, en su calidad de hijo natural del causante, y que la Sala Penal de la Corporación sobreseyera definitivamente a Ofelia Salazar, "para entonces sí entrar a preocuparse en forma positiva y definitiva del citado menor y entrar a solicitar en demanda ordinaria de fecha 31 de marzo de 1977, en procura de que se le reconociera como padre natural... y se dispusiera la cancelación del registro asentado por el señor Tobón Orozco... entonces sí cambió de idea (Jiménez), de que como antes se encontraba económicamente mal no podía ayudar al menor Carlos Mario en nada, pero ahora sí podía, inclusive llevarse para su casa a fin de atenderlo, tal como lo manifestó en el careo sostenido con la madre natural del menor".

De todo lo expuesto en su extensa providencia, cuyos apartes más importantes se han destacado ahora, el Tribunal concluye que el fallo apelado debe confirmarse y agrega textualmente: "Se impone *adicionar* la sentencia, si se tiene en cuenta que existe una dualidad de paternidad natural, aparecen dos registros de reconocimiento de distintas personas que dicen ser su padre natural respecto a Carlos Mario;... pugna con el orden jurídico una vez conocida la situación por el fallador, no proceder a resolver, aunque no se lo hubiesen

pedido, pues la sociedad y orden público está interesado en que se decida aún, de oficio; se impone entonces adicionar la sentencia en el sentido de disponer la cancelación del reconocimiento hecho por el demandante en la Notaría Décima de esta ciudad".

V

El recurso extraordinario

Como atrás se dijo, el demandante recurrió en casación de la sentencia del Tribunal de Medellín cuya reseña acaba de hacerse, recurso que le fue concedido, declarado admisible y rituado en debida forma, por lo cual es procedente pasar a decidirlo.

Luego de extenso exordio destinado a destacar "los notorios defectos de orden técnico que esa pieza ostenta y cuán distante está de corresponder al rigorismo lógico y metódico a que debe ajustarse una sentencia" como la proferida en este proceso por el Tribunal de Medellín, el recurrente formula contra ella tres cargos, dos de ellos dentro de la causal primera de casación y el otro por la segunda, el que por versar sobre error *in procedendo* debiera ser despachado en primer término.

Sin embargo, es menester estudiar antes los dos cargos por errores *in iudicando* que trae la demanda, porque ambos atacan la totalidad de los pronunciamientos que contiene la sentencia impugnada, al paso que el cargo por error *in procedendo* sólo tiende a desquiciar una parte de la misma.

Primer cargo

Se acusa la aplicación indebida de los arts. 1º (numeral 1º) y 9º de la Ley 75 de 1963, 248, 1502, 1503 y 1692 del Código Civil y la falta de aplicación del numeral 2º del art. 1º de la Ley 75 de 1968 y del numeral 3º del artículo 5º de la misma ley.

El recurrente considera que tales quebrantos se produjeron por la vía indirecta, a consecuencia del error de hecho en que

incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda que dio origen al proceso.

Al fundamentar su acusación, el casacionista resume brevemente los principales hechos expuestos en los prolegómenos de esta providencia, de los cuales concluye que resulta inequívocamente que el litigio tiene su origen en que, por haberse extendido dos partidas de bautismo de Carlos Mario, "con diverso contenido", éste aparece con un doble estado civil, cuya gravedad máxima consiste en haberse hecho posible que Carlos Mario fuera reconocido como hijo natural por "Agustín Tobón de un lado, y de otro por Manuel Adán Jiménez".

"Desde luego, como demandante que es —prosigue el recurrente—, Manuel Adán Jiménez pretende que su 'titulación' como padre natural de Carlos Mario es la que debe prevalecer en ese conflicto, y eso cabalmente es lo que solicita principalmente en la demanda inicial del proceso".

Esa 'prevalencia de titulación' de la calidad de padre natural de Carlos Mario a que se refiere la censura, la hace consistir en que la partida civil de nacimiento de Carlos Mario, en la que Agustín lo reconoció como hijo natural suyo, por haber sido sentada extemporáneamente, se apoya en una partida eclesiástica de la Parroquia de Jesús Nazareno de Medellín, sin valor alguno, porque la auténtica, la verdadera, fue la extendida en la Vicaría Perpetua del Hospital de San Vicente de Paúl de la misma ciudad. Esta última era la única que podía ser tomada en cuenta, según el art. 50 del D. E. 1260 de 1970 para extender la civil ya vencido el término señalado al efecto.

El impugnante afirma sobre esta base que resulta claro que el actor en su demanda no plantea controversia alguna respecto del nacimiento de Carlos Mario; ni que Tobón no pudo ser el padre; ni que se trate de una acción de impugnación de estado civil, "concretamente el de la paternidad natural con respecto a Carlos Mario, que en favor de Agustín Tobón Orozco pudiera deducirse del reconocimiento expreso atribuido a éste".

Más adelante se lee en la demanda: "Parece indiscutible que toda impugnación de estado civil necesariamente ha de plantearse más allá de cualquier cuestión atinente a si el estado civil de que se trate ha sido o no reconocido y declarado... Pero no puede haber impugnación, desde luego, cuando las actas no son idóneas en sí mismas para establecer el estado civil a que se refieren".

En su severa crítica a la sentencia del Tribunal, el recurrente dice que la acción intentada tampoco trata de atacar el reconocimiento mismo como acto jurídico, por supuestos vicios de voluntad del declarante o por simulación o falta de seriedad. "La estructura de la demanda no da la menor base para pensar en eso, máxime si no hay petición que solicite declaración de nulidad u otra similiar, que refleje causas de pedir como esas.

"3.1. La verdad es que, como se dejó insinuado más arriba, la demanda plantea es la cuestión de que existiendo formal y aparentemente dos reconocimientos de paternidad natural respecto a Carlos Mario, se hace indispensable despejar la confusión y contradicción que ello suscita, mediante la correspondiente declaración de la jurisdicción. ... Se trata entonces de una especie de confrontación de titulaciones respecto a un mismo hecho o situación jurídica, cuál debe ser la preferida, asomándose así la naturaleza de la acción propia de las llamadas meramente declarativas... cuya finalidad es producir certidumbre definitiva sobre algo que por lo pronto aparece susceptible de producir desconcierto y confusión, desde luego con relevancia jurídica".

No obstante lo expuesto, dice el recurrente, "el Tribunal cometió en la sentencia que se censura el error manifiesto de entender que la acción ejercitada fue de impugnación de la paternidad de Agustín Tobón, conforme al artículo 5º de la Ley 75 de 1968, no sin que, en otros pasajes del mismo fallo, suponga como ejercitada acción por vicio del consentimiento, simulación o insinceridad en lo declarado, pues a todo ello alude. ... Parece que al Tribunal lo despiestó la circunstancia de que en

el hecho octavo de la demanda se le hubiera dado al reconocimiento de Agustín Tobón el calificativo de 'simulado', circunstancia enteramente adjetiva que obviamente no permitía llegar hasta donde el Tribunal llegó".

Más adelante agrega que si "el Tribunal no hubiera incurrido en el desvío que se ha dejado demostrado, y en consecuencia hubiera examinado y decidido la verdadera cuestión que se le propuso en el libelo de la demanda, seguramente no le habría dado aplicación al artículo 1º, numeral 1º, de la Ley 75 de 1968, y habría aplicado, en cambio, los numerales 2º del artículo 1º y 3º del artículo 6º de la misma Ley 75 de 1968. Pero la demostración de este aserto exige una serie de consideraciones jurídicas que merecen capítulo aparte, y juegan también el papel de alegato de instancia respecto de la sentencia de reemplazo".

Dice enseguida que el estado civil es indivisible, imprescriptible e indisponible, y que esa primera característica supone ante todo su unidad, pues no es concebible que una persona pueda tener más de uno; así su estado civil es uno solo. ... La documentación para fines probatorios y publicitarios de los diversos hechos constitutivos de estado civil, son objeto de cautelosa y minuciosa reglamentación de la ley, en razón precisamente de la trascendencia que el estado civil tiene no solo para quien sea su sujeto, sino para los terceros".

Menciona también algunos artículos de los Decretos 1260 de 1970 y 2158 del mismo año, que, a su juicio, confirman lo que ha expuesto y en especial que el registro de nacimiento de cada persona será único y definitivo, como lo estatuye el art. 11 del primero de los nombrados, y que ese registro debe ser el primero en el tiempo, siempre que se acomode estrictamente a las exigencias legales en materia de esa clase de documentos, o sea a las exigencias del Decreto 1260.

En este orden de ideas el casacionista considera que debiera prevalecer el registro civil sentado en la Notaría 7ª, en el que Agustín Tobón figura como padre, de no mediar la circunstancia de que se basó en

una partida de bautismo espuria, hecha *ad hoc*, porque a una persona no se la puede bautizar más de una vez, según lo da a entender el art. 745 del Código Canónico, y el menor Carlos Mario ya lo había sido, como aparece de la partida correspondiente.

Largas consideraciones de orden jurídico dedica luego el recurrente a sostener su tesis acerca de la invalidez de la partida civil de nacimiento de Carlos Mario, en la que fue reconocido por Agustín Tobón, con apoyo en el argumento atrás expuesto de que fue extendida con fundamento en una partida eclesiástica de nacimiento carente de todo valor.

La Corte considera

Es verdad sabida que el error de hecho que se invoca en casación como antecedente de quebranto de la ley sustancial, debe ser ostensible, evidente, o sea que baste con señalarlo, sin que se requiera alegar complicados razonamientos para tratar de acreditar su existencia. Ese error se produce, como tantas veces se ha dicho, por preterición total o parcial o por suposición, igualmente total o parcial, de una prueba considerada desde el punto de vista de su objetividad. No versa sobre su poder demostrativo o sobre la manera como se allegó a los autos o como fue practicada, pues esos eventos constituyen el llamado error de derecho.

El juez puede incurrir en error de hecho al interpretar una demanda no del todo clara, ora en cuanto a la manera como parecen redactadas las pretensiones del actor, ya en lo que concierne a los hechos afirmados como fundamento de aquellas y aún en los fundamentos en derecho. Cuando se presenta esa situación, es su deber analizar debidamente todos los factores apuntados para desentrañar su verdadero sentido, lo cual no siempre es tarea fácil. En todo caso, si como consecuencia de esa labor ponderativa incurre en contraevidencia, se está en presencia de un error de hecho que puede conducir al quebranto de normas sustanciales y por ende a la casación del fallo recurrido.

Sin embargo, si el análisis de la demanda en su conjunto, permite más de una interpretación lógica, no cabe imputar al sentenciador la comisión de un error de hecho por haber escogido una de tales interpretaciones. "El error en la apreciación e interpretación de la demanda, cuando ocurre, es claro que será de hecho... Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo". (LXVII, pág. 432).

La Corte ha dicho igualmente, "en múltiples fallos, que el error de hecho para que sea viable como causal de casación debe aparecer en forma manifiesta, es decir, que se imponga en forma tan clara y evidente que no sea necesario recurrir a razonamientos o deducciones para demostrar su existencia; que la apreciación que haga el fallador de instancia sobre la cuestión de hecho quedan confiadas a la autonomía de su juicio y que la distinta interpretación que sobre ellas haga el impugnante no es motivo suficiente para invalidar la apreciación del sentenciador, ... si el error de hecho que se alega no aparece de modo manifiesto en los autos". (CXIX, pág. 239).

La situación que se describe en la doctrina que acaba de transcribirse es precisamente la que ocurre en el presente caso: el error de hecho en la interpretación de la demanda que se atribuye al sentenciador de Medellín no es en modo alguno ostensible y manifiesto.

En el libelo se pidió, como atrás quedó dicho, que se declarara que el menor Carlos Mario es hijo natural del demandante "y no le pertenece el supuesto estado de hijo natural" de Agustín Tobón. Relacionando esta súplica con los hechos de la demanda, fácilmente podía entenderse que se estaba ejerciendo una acción de impugnación de la paternidad, aunque también se prestaba a interpretarla como de nulidad del reconocimiento de hijo natural hecho por Tobón y aún de simulación de dicho acto.

El Tribunal estudió todas esas posibilidades en función de los elementos de juicio allegados al proceso y llegó a la con-

clusión de que la pretensión del actor no podía prosperar, porque no estaba demostrada ninguna de esas posibilidades. La Corte no encuentra el error de hecho a que se refiere este primer cargo de la demanda de casación.

Al efectuar esa "confrontación de titulaciones" del estado civil que menciona el recurrente, que ciertamente la hizo, el Tribunal estudió las posibilidades que pudieran afectar la validez de la que presenta al menor como hijo natural reconocido de Tobón Orozco y llegó a la conclusión antes mencionada. Su labor ponderativa del acervo probatorio lo llevó a concluir que la partida civil de nacimiento de Carlos Mario, en la que Tobón efectuó el reconocimiento, no se hallaba afectada de vicio alguno, que no era simulada y que tampoco se había desvirtuado la presunción de autenticidad que consagra el art. 103 del D. E. 1260 de 1970.

El Tribunal no incurrió en contraevidencia alguna al interpretar la demanda con que se inició este proceso. Antes por el contrario, dada la vaguedad de las súplicas de la demanda, procuró analizar todos los aspectos relacionados con la misma y llegó a la conclusión de que la pretensión del demandante no podía prosperar.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Está formulado así: aplicación indebida del art. 1º de la Ley 45 de 1936 y del numeral 1º del artículo 1º de la Ley 75 de 1968 y falta de aplicación del numeral 2º del artículo 1º y del numeral 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente comienza su ataque al fallo impugnado diciendo que como "se ve del contenido del libelo demandatorio, en él se planteó una cuestión relativa a definir jurisdiccionalmente quién entre el actor Manuel Adán Jiménez y Agustín Tobón Orozco, es el verdadero padre del menor Carlos Mario Jiménez, visto que ambos aparecen haciendo reconocimiento expreso de esa paternidad".

La censura crítica que el Tribunal le hubiera dado prevalencia al reconocimiento de paternidad natural hecho por Tobón sobre el que hizo el demandante, por el hecho de que el primero fue anterior en el tiempo, pero que esa apreciación del Tribunal está afectada por los siguientes errores probatorios:

a) No vio que el reconocimiento notarial efectuado por Tobón Orozco “se montó sobre una partida eclesiástica de bautismo obtenida también ex-profeso y ad-hoc, y en todo caso en forma absolutamente irregular, puesto que el menor Carlos Mario que aparece allí bautizado, es el mismo que desde el 17 de abril de 1969, menos de un mes después de su nacimiento, había sido bautizado en la Vicaría del Hospital Universitario de San Vicente de Paúl en Medellín;

b) No vio tampoco que en la contestación de la demanda se acepta lo expuesto en el párrafo anterior, lo cual corresponde a lo que acreditan otras pruebas que obran en el expediente y que el recurrente menciona;

c) “Por no haber percibido esos hechos, no tuvo ocasión de sentirse obligado a capacitar en que una sana y correcta interpretación de los artículos 50 y 105 del Decreto 1260 y 9º del 2158, impone reconocer que las partidas eclesiásticas cuya utilización que ellos autorizan para levantar extraordinariamente actas y folios de registro civil, han de ser partidas genuinas y auténticas, levantadas sin incurrir en irregularidad alguna”;

d) Tampoco vio que el registro civil de nacimiento de Carlos Mario, extendido en la Notaría 10ª de Medellín, concuerda con la partida eclesiástica de nacimiento del mismo, “auténtica, genuina, verdadera y única... lo que indica a todas luces que se levantó con base en esta y se debe por lo tanto tener como auténtica”.

A renglón seguido dice el recurrente que como el reconocimiento de hijo natural de Carlos Mario que hizo Tobón Orozco lo fue en una partida civil sin valor alguno, como que fue sentada tardíamente sobre la base de una partida de bautismo igualmente inválida porque ya se había exten-

dido otra con anterioridad, en “estas circunstancias, la comparación sobre titularidades sobre la paternidad del menor Carlos Mario tenía forzosamente que ser resuelta en favor de Manuel Adán Jiménez”. El reconocimiento hecho por Tobón apenas constituye la tercera de las presunciones de paternidad natural que consagra el art. 8º de la Ley 75 de 1968, pero no un reconocimiento válido.

“Aunque a mi juicio —prosigue el casacionista— lo dicho sería bastante para que este cargo quedara completo y hubiera de prosperar, como el Tribunal aprovechó otras pruebas para corroborar sus apreciaciones, incurriendo también allí en notorios errores, precisa referirse a tales pruebas y errores para prevenir una eventual objeción técnica por ese aspecto”.

a) El Tribunal se refirió en su sentencia a las copias tomadas del proceso penal que se siguió contra la madre de Carlos Mario por hechos muy relacionados con los que aquí se discuten y aunque advirtió que lo ocurrido en dicho proceso no es oponible al demandante que no intervino en el mismo, sin embargo pretendió encontrar indicios corroborantes de las pruebas en este proceso. “Las conclusiones indiciarias que el Tribunal extrae del proceso penal —dice el recurrente—, o por lo menos las que expresa, se refieren a que el proceso penal acredita que fracasaron los esfuerzos que en él se hicieron para demostrar que la sindicada empleó medios dolosos para obtener de Agustín Tobón el reconocimiento de paternidad... y a que fue necesario que ‘se agotara (sic) cronológicamente unas etapas para proceder a demandar’, a propósito de lo cual, con ironía que en un fallo judicial no tiene justificación, sugiere un calculado cambio sentimental de Manuel Adán Jiménez respecto de su hijo.

“Es ostensible la falta de relación entre los hechos indicantes y los que el Tribunal señala como indicados y entre estos y la cuestión litigiosa aquí planteada”. El error que cometió el sentenciador fue de derecho, porque estimó que a los hechos indicadores no se les debe aplicar también el principio de publicidad y posibilidad de

contradicción de la prueba. Además, erró también el Tribunal, con violación de los artículos 174, 185, 229 y 248 del Código de Procedimiento Civil porque trasladó a este proceso algunas de las apreciaciones que hizo el sentenciador del penal.

b) Erró de hecho el Tribunal porque "con mentalidad más de juzgador de la jurisdicción penal que de la civil, critica la conducta observada por Jiménez frente a Carlos Mario al invocar a última hora la condición de padre de este, buscando beneficios económicos. Eso, aparentemente lo toma el Tribunal como indicio en contra de la paternidad de Manuel Adán, a los que agrega más adelante que el hecho de que Manuel Adán haya reconocido que por dificultades económicas no había podido prestarle ayuda material a Carlos Mario.

"Pero estas consideraciones del Tribunal no guardan ninguna relación lógica con las pretensiones de paternidad del actor, y por ello hay un manifiesto error de hecho en sacar de lo declarado por Manuel Adán deducciones indiciarias opuestas a aquellas pretensiones".

c) El sentenciador estima demostrado y así lo da a entender en el fallo impugnado, que entre la madre de Carlos Mario y Tobón Orozco existieron relaciones extramatrimoniales y utiliza esa apreciación en apoyo de su decisión contraria a las pretensiones de la parte actora. Pero las únicas pruebas que obran en el expediente a ese respecto, son tres declaraciones testimoniales que por ser de oídas no merecen mayor credibilidad. Erró, pues de hecho, el Tribunal al haber tenido como plenamente demostradas tales relaciones.

"Pero cualquiera ve que de los simples rumores (de relaciones entre Tobón y la madre del demandado) a que aluden Jairo Mejía Vélez y Manuel Adán Jiménez es imposible deducir, sin incurrir en error manifiesto de hecho, que es una realidad el hecho rumorado y menos que él haya ocurrido durante el tiempo en que se presume la concepción".

El impugnador estima que en ese sentido están demostradas con mayor certeza las relaciones sexuales habidas entre María

Ofelia y Manuel Adán, con la confesión de aquella y de las demás pruebas que señala, lo que no tuvo en cuenta el Tribunal y por ello incurrió en ostensible error de hecho.

Se tiene en cuenta:

El artículo 1º del D. E. 1260 de 1970 define el estado civil como la situación jurídica de la persona en la familia y en la sociedad, que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, y estatuye que es indivisible, indisponible e imprescriptible. Es un atributo de la personalidad y por ser indivisible, no permite que un mismo individuo tenga dos o más estados civiles derivados de los mismos hechos.

En efecto, es apenas obvio que no se puede ser hijo legítimo o extramatrimonial de dos personas diferentes. De ahí que cuando el hijo de mujer casada, pretende que se le declare hijo natural de varón distinto al marido de aquella, debe desvirtuar la presunción que consagran los artículos 213 y 214 del Código Civil mediante la correspondiente acción de impugnación, previa o simultáneamente con la de filiación natural (CLII, págs. 281 y 473). La prosperidad de aquella es presupuesto indispensable para la de esta.

Dada la trascendente importancia del estado civil, la ley exige ad probationem severos requisitos para acreditarlo. No obstante que a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil que actualmente rige en el país, según el cual prevalece la sana crítica como sistema de apreciación probatoria, para la prueba del estado civil se aplica la tarifa legal, en el sentido de que sólo puede demostrarse con las pruebas documentales que señala el D. E. 1260 arriba citado.

En efecto, al tenor del artículo 101 del Decreto 1260 el estado civil debe constar en el registro correspondiente que "es público, y sus libros y tarjetas, así como las copias y certificados que con base en ellos se expidan, son instrumentos públicos". Según el artículo 10, del D. E. 2158 de 1970, son encargados de llevar el registro civil de las personas, los notarios, y a falta de estos, los registradores municipa-

les del estado civil o en su defecto los alcaldes. En el exterior, esa función la ejercen los Cónsules de la República. A los mencionados funcionarios les compete también expedir copias de las partidas, actas y folios atinentes al estado civil que reposen en sus archivos, o certificados expedidos con base en los mismos, los que vienen a constituir la única prueba eficaz de todo lo que se relacione con dicho estado.

Dispone el artículo 105 del Decreto 1260 que los hechos y actos relacionados con el estado civil, ocurridos después de la vigencia de la Ley 92 de 1938, "se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos". La Ley 92, a su turno, establecía dos clases de prueba del estado civil: como principal, las actas del registro civil sentadas ante notario (art. 18), y como supletorias, cuando se demostraba la imposibilidad de aducir estas, "otros documentos auténticos", o las partidas eclesiásticas expedidas por los curas párrocos, para las personas católicas, por declaraciones de testigos que hubieran presenciado los hechos "y, en defecto de estas pruebas, por la posesión notoria de ese estado civil" (art. 19 ibídem) (CVIII, pág. 53 - CXIII, pág. 74 - CXIX, pág. 309 - CXXXIV, pág. 53).

Anteriormente, esas partidas eclesiásticas debidamente expedidas por los párrocos, tenían el carácter de pruebas principales para el estado civil de los católicos (Ley 57 de 1887, art. 22).

En la actualidad, cuando se prueba sumariamente la falta de la partida de estado civil, como lo dispone el art. 9º del Decreto 2158 de 1970, las pruebas supletorias de que trataba el art. 19 de la citada Ley 92 y entre ellas las partidas de origen religioso sólo sirven como fundamento para que el funcionario encargado de dicho estado civil que por regla general es el notario, haga la inscripción correspondiente, abriendo el folio o folios del caso (CXLIII, pág. 271).

Las pruebas que el recurrente señala como totalmente preteridas por el Tribunal no lo fueron en modo alguno. En la

sentencia impugnada aparecen mencionadas y analizadas, de suerte que no puede decirse que el fallador las hubiera ignorado no obstante su presencia en el proceso. Otra cosa es que no sacó de ellas las conclusiones que pretende el casacionista.

No está demostrado en los autos que la partida de nacimiento de Carlos Mario, extendida por la Parroquia de Jesús Nazareno de Medellín el 4 de agosto de 1974, hubiera servido al Notario para que en cumplimiento a lo previsto por el art. 50 del Decreto 1260, registrara en sus libros ese nacimiento ya vencido el término de un mes que al efecto señala el art. 48 del citado decreto.

En esa partida civil, Tobón Orozco hizo uso del derecho conferido por los numerales 2º del art. 1º de la Ley 75 de 1968 y 4º del art. 44 del citado Decreto 1260 y reconoció a Carlos Mario como su hijo natural.

Atrás se expuso que las partidas eclesiásticas de estado civil carecen de eficacia para acreditar en un proceso el estado civil de que tratan, pero tienen valor probatorio ante el Notario o a quien compete hacer la correspondiente inscripción del estado civil.

El Notario 7º de Medellín no tenía ningún motivo válido para abstenerse de efectuar la inscripción del nacimiento de Carlos Mario y el reconocimiento de paternidad natural que hizo Tobón Orozco en ese mismo acto con apoyo en la correspondiente partida eclesiástica, en la hipótesis de que así hubiera ocurrido. Dicho funcionario no tenía por qué saber, como lo pretende el recurrente, que la partida de bautismo que le presentó para los efectos del citado art. 50 del Decreto 1260 era "irregular", que había sido sentada "ex profeso y ad hoc" o que no era "genuina" ni "auténtica".

La Corte ha expuesto, "que no le es permitido a los funcionarios del orden judicial, entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque eso sería invadir jurisdicción ajena" (XLV, pág. 259).

En consecuencia, tampoco podía el Tribunal decretar la nulidad de la partida eclesiástica de nacimiento de Carlos Mario que se extendió el 4 de agosto de 1974 en la parroquia de Jesús Nazareno, como se le pidió en la súplica segunda de la demanda que dio origen a este proceso.

Finalmente, en cuanto a los otros errores probatorios que el casacionista achaca al sentenciador, es evidente que o bien no son tales o en todo caso carecen de trascendencia para efectos del recurso. Una velada crítica a la conducta del demandante en relación con Carlos Mario y con la madre del mismo, como indicio de la paternidad natural de Tobón Orozco no constituye error de hecho evidente. El sentenciador razonablemente podía deducir ese indicio, deducción que en modo alguno peca de contraevidencia, como que el hecho indicador está plenamente establecido en los autos con la misma confesión del actor. Como no tenía dinero, "estaba en la olla" dice textualmente, no atendió a los gastos de crianza, educación y vestuario del menor, no obstante que en su demanda afirmó lo contrario.

Cualquier error en la apreciación de la prueba testimonial allegada para demostrar la paternidad natural de Tobón Orozco carece de trascendencia, puesto que la prueba correspondiente está constituida por el reconocimiento efectuado en la partida civil de nacimiento del menor, documento este amparado por la presunción de autenticidad y pureza que consagra el art. 103 del Decreto 1260. El sentenciador, en desarrollo de su discreta autonomía para apreciar las pruebas, le dio prevalencia a ese reconocimiento sobre el que casi un año después hizo Manuel Adán Jiménez por escritura pública.

El Tribunal expuso muy claramente que no podía considerar como trasladadas a este proceso, para efecto de apreciarlas, las que se produjeron en el proceso penal adelantado contra la madre de Carlos Mario, porque Jiménez no había sido parte en el mismo. Apenas utilizó la diligencia de careo surtida entre el demandante y Ofelia Salazar; en cuanto a otros hechos demostrados en dicho proceso los tomó apenas como indicios.

La filiación natural de Carlos Mario respecto de Tobón Orozco la dedujo el Tribunal de varios elementos de juicio a saber: principalmente, del reconocimiento irrevocable, según la ley, hecho por el padre en el acta civil de nacimiento, documento amparado por presunción de autenticidad y pureza que no ha sido desvirtuada en este caso, y destacó que este había sido anterior al que hizo el demandante por escritura pública, y además, de que no había prueba alguna de que el consentimiento del padre hubiera estado viciado en aquel acto; en segundo lugar, de varios indicios que estimó "graves, concordantes y convergentes" respecto de los cuales no aparece contraevidencia alguna; de las relaciones sexuales que Ofelia mantuvo con Tobón Orozco, aunque también las hubiera tenido con Jiménez Gutiérrez; del dictamen antro-po-heredo-biológico, según el cual "No es concluyente la prueba de que el demandante sea el padre del menor Carlos Mario"; y de la confesión del demandante en que reconoció que no había ayudado económicamente a su menor hijo. "Cabe anotar —dice el Tribunal— cómo no es necesario ser pudiente para prestarle ayuda a quien verdaderamente se tiene por hijo".

No estando, pues, demostrados los errores probatorios que se atribuyen al sentenciador ni existiendo el quebranto de las normas legales que señala la censura, el cargo en estudio no puede prosperar.

Tercer cargo

El impugnador comienza su ataque por recordar cuáles fueron las pretensiones formuladas por el demandante en su libelo, advierte que ninguno de los demandados presentó demanda de reconvencción y agrega que en las respuestas a aquella "no se formuló o dedujo excepción cuya prosperidad hubiera podido conducir a que se decretara la cancelación" de la escritura 946 otorgada el 18 de junio de 1975 en la Notaría 10ª de Medellín, mediante la cual el demandante reconoció al menor Carlos Mario como hijo suyo.

"El Tribunal en la sentencia ahora impugnada en casación —dice la censura—

echando en total olvido el principio dispositivo que gobierna el proceso civil; pasando por encima del principio de la congruencia derivado de aquel, consagrado en el art. 305 del Código de Procedimiento Civil; dando trazas de no tener noticia del aforismo *ne eat iudex extra petita partium*; y sin el amparo de norma sustancial alguna que le permitiera en este caso tomar decisiones de oficio, resolvió *motu proprio* adicionar la sentencia del *a quo* que confirmó, en el sentido de ordenar la cancelación de la aludida escritura de reconocimiento”.

Se considera

Al despachar los dos cargos anteriores se dijo que el estado civil es uno, que por consiguiente, una misma persona no puede ser simultáneamente hija legítima e hija natural, o casada y soltera a un mismo tiempo, ni puede ser tampoco, como es obvio, hija natural de dos padres diferentes, que es la situación sobre la cual versa esta controversia.

Esa dualidad o “dicotomía”, como la califica la censura, resulta en el presente caso de dos partidas civiles de nacimiento abiertamente antagónicas y contradictorias: en una figura Carlos Mario como hijo natural de Agustín Tobón Orozco y en otra, posterior, como hijo natural de Manuel Adán Jiménez.

El Tribunal, en vista de que no prosperaron las súplicas de la demanda tendien-

tes a que se le diera prevalencia a la paternidad natural alegada por el demandante, consideró injurídica o anómala o inconveniente la existencia simultánea de esas dos partidas antagónicas y optó por aniquilar o destruir la última para que quedara vigente, como única, la primera que se extendió. En el fondo lo que hizo, si bien se miran las cosas, fue aplicar analógicamente lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, o también hacer uso de la facultad que al juzgador le otorga el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto, no prospera la acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada y condena en costas al recurrente en favor de la parte opositora.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Luis H. Mera Benavides, Oficial Mayor.

S O C I E D A D E S

Disolución y liquidación. Procedencia del recurso de casación
Se distinguen dos etapas procesales. Únicamente la sentencia que se
dicta en la segunda etapa es recurrible en casación

El fallo que declara la existencia de la sociedad sólo es atacable me-
diante el recurso de casación, cuando se ha tramitado por el procedi-
miento ordinario

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Ca-
sación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre
ocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto
Murcia Ballén).

En cumplimiento de lo ordenado por el
artículo 372 del Código de Procedimiento
Civil, procede la Corte a decidir sobre la
admisibilidad del recurso de casación in-
terpuesto y concedido en este proceso.

I

Antecedentes

1. Ante el Juzgado Primero Civil del
Circuito de Cúcuta, José Soto Vargas de-
mandó a los herederos de Jesús Soto Var-
gas, o sea a Carmen Cecilia Rangel de So-
to, Mireya Soto de López, Jesús Soto Ve-
lásquez, Rosa Elena y José Angel Soto
Gómez a efecto de que, previos los trámi-
tes indicados en el "Cap. 1º, t. XXXI,
C. P. C. y pertinentes", se hiciesen los si-
guientes pronunciamientos:

a) Que desde febrero de 1950 se formó
una sociedad de hecho entre el demandan-
te y su hermano José Soto Vargas, con
domicilio en Cúcuta y cuyo objetivo social
fue "la compra, tostado y venta de café
molido al por menor y al por mayor...";
b) que se declare *disuelta dicha sociedad
comercial de hecho y se ordene su liquida-
ción*; y c) que, finalmente, se ordene el

registro de la sentencia en la Cámara de
Comercio de Cúcuta y la publicación de su
parte resolutive en un periódico de esa
ciudad.

2. Rituado que fue el trámite previsto
por los artículos 627 a 630 del Código de
Procedimiento Civil, que dicho sea de paso
fue el expresamente indicado por el de-
mandante en su demanda (fl. 74, Cd. No.
1), el juzgado del conocimiento profirió
su sentencia de 10 de noviembre de 1982,
desestimativa de las pretensiones del de-
mandante, que al ser apelada por éste con-
dujo al Tribunal Superior de Cúcuta a
pronunciar la suya de 7 de julio siguiente,
mediante la cual, luego de infirmar la ape-
lada, decidió el litigio así:

a) Declaró "*disuelta la sociedad de he-
cho existente entre Jesús y José Soto Var-
gas a quienes corresponde el haber social
en una proporción del 50% a cada uno*";
b) como consecuencia, en acato a lo dis-
puesto por el artículo 630 del Código de
Procedimiento Civil, ordenó el registro
mercantil de su sentencia y la publicación
periodística de la parte resolutive de esta;
y, c) finalmente impuso a los demandados
las costas procesales.

3. Contra la sentencia que le puso fin a
la segunda instancia del proceso los de-
mandados interpusieron oportunamente el
recurso de casación, que el *ad quem* con-
cedió por auto de 31 de agosto pasado y
que la Sala, en acatamiento a lo dispuesto

por el precitado artículo 372, debe hoy decidir si es o no admisible.

II

Consideraciones de la Corte

1ª La doctrina y la jurisprudencia universales sostienen al unísono que el carácter extraordinario del recurso de casación se proyecta, en la práctica, en las precisas limitaciones dentro de las cuales la ley lo regula, y referentes no sólo a los motivos o causales para su procedencia sino también a la clase de providencias susceptibles de impugnarse con él.

La casación está instituida por todos los sistemas positivos como medio para impugnar solamente determinadas sentencias: las proferidas en litigios que, ora por la naturaleza de la cuestión controvertida, o ya por su valor patrimonial, revisten mayor entidad (art. 366 del Código de Procedimiento Civil).

2ª Con absoluta prescindencia de consideración en torno a la cuantía del negocio y por razón exclusiva de la naturaleza de la materia, son susceptibles de impugnarse en casación, según lo establecido por el artículo 366 citado, en su parte final, las sentencias proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia, o en primera por los jueces de circuito, en procesos "ordinarios que versen sobre el estado civil", las cuales, por definir una calidad extrapatrimonial de la persona, son de imposible apreciación económica; y, además, las dictadas en única instancia por los tribunales superiores en procesos sobre responsabilidad civil de los jueces, de que trata el artículo 40 del Código citado.

Considerando el factor cuantía, la ley hoy vigente al respecto (arts. 366, 367 C. de P. C. y 2º de la Ley 22 de 1977) indica como sentencias susceptibles de atacarse en casación, las que contengan resolución desfavorable al recurrente, cuyo "valor actual sea de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) por lo menos".

Combinándolo con el factor cuantía, el legislador, para determinar la procedencia de la casación, atiende en ciertos casos a la naturaleza del proceso en que se dicta la

sentencia. Y así, en el precitado artículo 366, estatuye que son susceptibles de impugnarse en casación las sentencias siguientes: a) las dictadas en los procesos ordinarios; b) las que aprueben la partición en los procesos divisorios de bienes comunes, de sucesión y de liquidación de cualesquiera sociedades disueltas; y c) las dictadas en procesos sobre nulidad de sociedades, cualquiera que sea la naturaleza de estas.

3ª *No tratándose en el presente caso, ciertamente, de la sentencia que apruebe una partición, ni de la que resuelve un proceso sobre nulidad de sociedad, ni menos de la proferida en uno que verse sobre el estado civil, para dilucidar la procedencia o improcedencia del recurso de casación aquí propuesto, resta por saber si el fallo impugnado fue proferido en proceso ordinario, o en uno especial de finalidad diferente a las indicadas atrás.*

4ª Apoyado en la consideración de que no es óbice insalvable el empleo de un mismo procedimiento para resolver diferentes controversias, el legislador de 1970 hizo una ostensible limitación del número de procesos especiales que hasta entonces existían. El criterio de la Ley 105 de 1931, que consistió en instituir un procedimiento especial para cada problema sustancial, fue sustituido en el nuevo código por el de establecer unos pocos tipos de procedimientos para el mayor número de conflictos, reduciendo de paso al mínimo los procesos especiales.

Y así aparecen en la nueva legislación los siguientes grupos de procesos: 1º el ordinario, para ventilar y decidir "todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial" (art. 396); 2º el abreviado, que constituye un tipo intermedio de procedimiento entre el ordinario y el verbal, al cual se someten en su trámite y decisión los asuntos que la ley expresamente señala (art. 414); 3º el verbal, trámite que debe seguirse para decidir las controversias también señaladas taxativamente por la ley, especialmente aquellas que por su naturaleza se resuelven en audiencia (art. 442); y 4º finalmente, un grupo de procesos especiales que, verbigracia,

el divisorio, el ejecutivo o los de liquidación, requieren, para decidir dichas controversias, el empleo de fórmulas esquemáticas propias.

Pero si bien los procedimientos son diversos, ellos, que equivalen a la estructura del proceso en cada caso, adquieren carácter de orden público y por consiguiente de forzoso cumplimiento por el juez y por las partes. Lo cual es fiel trasunto del principio constitucional contenido en el artículo 26 de nuestro Código Político, según el cual nadie puede ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Precisamente, con fundamento en dicha cardinal garantía, el legislador de 1970 elevó a la categoría de excepción previa y a la vez de nulidad procesal (arts. 97-6 y 152-4 C. P. C.), el hecho de imprimir a la demanda un curso distinto del que legalmente le corresponde.

5ª Evidentemente, mediante el Capítulo I del Título XXXI del Libro 3º del Código de Procedimiento Civil, el legislador estableció un procedimiento especial para declarar judicialmente la disolución y decretar la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, siempre que tal declaración no corresponda a una entidad administrativa, como sucede con los bancos, las compañías de seguros y las urbanizaciones, cuyas disolución y liquidación corren por cuenta de la Superintendencia Bancaria, o con las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, que corresponden a esta, tal cual lo disponen los artículos 221 y 267 del Código de Comercio.

Según las normas legales regulativas del procedimiento especial aludido (arts. 627 a 643 C. P. C.), en él son relevantes dos etapas diversas de finalidad diferente: la primera, que cuando es positiva termina con la sentencia que declara disuelta la sociedad y ordena su liquidación (art. 630, citado); y la segunda, que una vez ejecutoriada la anterior, busca determinar cuáles son los bienes partibles, el pasivo común y cuál el monto de lo que a cada socio corresponde; finaliza con la sentencia aprobatoria del trabajo de partición, como se infiere de los numerales 3, 6 y 7 del artículo 642 ejusdem.

La primera de estas dos partes integrantes del procedimiento único se caracteriza, según lo imperado por los artículos 629 y 630 citados, por los siguientes términos: traslado de la demanda a cada demandado por 5 días; etapa probatoria de 20 días; término para alegar de conclusión por 5 días, comunes para los litigantes; y, por último, pronunciamiento del fallo sin que a él le preceda audiencia en primera instancia. Tal ritualidad aleja y en mucho este procedimiento del ordinario de mayor cuantía, en el que hay términos más amplios, separados y requiere audiencia antes del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.

6ª En el caso que aquí se estudia, como tiene que aceptarse del análisis objetivo del expediente y sobre todo del trámite que se le imprimió, el proceso no corresponde al ordinario sino al especial aludido: desde su nacimiento y a través de toda su existencia, partes y jueces concordemente lo han denominado "de disolución y liquidación de una sociedad de hecho"; y lo estructuraron con las fórmulas esquemáticas del proceso especial, como puede inferirse de la demanda, traslado de esta, notificación del auto admisorio de la demanda corregida, término probatorio, traslado para alegar, etc. (fls. 74, 79, 139, 144, 146, 149, 170 y 173 Cd. No. 1).

Es pues incuestionable que no se trata de un proceso ordinario; menos de uno cuyo objetivo específico sea obtener la declaratoria de nulidad de una sociedad. Corresponde al procedimiento especial consagrado para declarar "la disolución judicial y liquidación de una sociedad", que, como quedó visto, no ha salido de su primera etapa, pues la única sentencia en él emitida hasta ahora es la que declara disuelta y ordena la liquidación de la sociedad de hecho existente entre los hermanos Jesús y José Soto Vargas.

Por lo consiguiente tiene que decirse que tal sentencia, que no aprueba la partición en la liquidación de una sociedad; ni fue proferida en proceso ordinario, ni tampoco en uno que verse sobre la nulidad de una sociedad, que son los únicos casos previstos por el precitado artículo 366, es

irrecorrible en casación, o, lo que es lo mismo, que este recurso extraordinario aquí interpuesto y concedido es legalmente improcedente y así tendrá que declararlo la Corte.

7ª Podría decirse, en verdad, que el referido procedimiento especial es improcedente en los supuestos en que la constitución de la sociedad, cuya disolución se busca judicialmente, no se ha plasmado en escrito o prueba preconstituída algunos, pues en tales casos no podría el demandante acompañar a su demanda "los instrumentos de constitución de la sociedad y sus reformas", como lo ordena el artículo 628 ibídem.

Parece obvio pensar que el procedimiento especial consagrado por los artículos citados requiera, como presupuesto para su procedencia, que la constitución de la sociedad y por ende su existencia sean indiscutidas, aunque su disolución y liquidación no resulten evidentes. Inocuo resultaría un trámite procesal establecido para hacer valer un derecho social, cuando al demandante se lo coloca en imposibilidad jurídica de adjuntar a su demanda la prueba preconstituída de la constitución de la sociedad cuyas disolución y liquidación busca.

Lo cual conduce a afirmar que en los casos en que la existencia de la sociedad no puede demostrarse de antemano, por faltar absolutamente la prueba preconstituída de su constitución, para no hacer nugatorio el derecho del presunto socio tenga que acudir al procedimiento ordinario, por tratarse entonces de una cuestión contenciosa que no está sometida a trámite especial.

Que no fue, precisamente, lo que ocurrió en el presente caso, pues no obstante que el actor buscaba, a falta de prueba escrita preconstituída, que la justicia reconociera la existencia de una sociedad de hecho, co-

mo declaración previa e indispensable para declarar su disolución y liquidación, no acudió sin embargo al procedimiento ordinario sino que eligió el especial y así lo indicó expresamente en su demanda; procedimiento especialísimo este que también fue el acogido por el juez y que el demandado consintió al no impugnarlo.

8ª Lo expuesto le permite concluir a la Sala que el recurso de casación aquí interpuesto y concedido es legalmente inadmisibles, por referirse a una sentencia que por la naturaleza del proceso en que ella se profirió no es susceptible de impugnarse por esta vía extraordinaria, según lo establecido en el art. 366, citado.

III

Decisión

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *declara inadmisibles el recurso de casación* interpuesto por los demandados contra la sentencia de siete (7) de julio del presente año, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Reconócese al abogado Víctor Espinel Blanco como apoderado judicial de las personas que en las instancias estuvieron representadas por el doctor Juan de J. Corredor, en los términos y para los fines consignados en el respectivo escrito de sustitución de mandato.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

PRETENSIONES. Acumulación

Acumulación objetiva y subjetiva. Incompatibilidad de las pretensiones: material y procesal. Acumulación eventual o subsidiaria

LESION ENORME

Presupone la existencia de una venta real y eficaz; no puede predicarse de la aparente o nula

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 19 de noviembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este proceso ordinario instaurado por Tomás Enrique Salazar Salazar en frente de José Eduardo Salazar Salazar.

I

El litigio

1. Mediante libelo de 4 de febrero de 1981, repartido el 9 siguiente al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, el sobredicho Tomás Enrique demandó al citado José Eduardo a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la compraventa contenida en la escritura pública No. 311 de 20 de diciembre de 1977, otorgada en esa fecha en la Notaría de El Cairo e inscrita en el registro de Roldanillo el 22 siguiente, estaba sometida a una obligación condicional “de las que consagra el art. 1530 y ss. del Código Civil”, condición que no fue cumplida por

el comprador José Eduardo Salazar, una vez ocurrida la muerte del vendedor Jesús María Salazar;

b) Que, como consecuencia del apuntado incumplimiento, se declare la nulidad relativa del referido contrato de compraventa, contenido en la precitada escritura pública;

c) Que consecuentemente se ordene, además, la cancelación del registro de dicha escritura, para lo cual deben librarse los oficios correspondientes tanto al Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Roldanillo como al Notario de El Cairo; y

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

En subsidio de las dos primeras de las súplicas aquí indicadas, el demandante solicitó la declaración de nulidad relativa “de la aparente venta” contenida en la escritura pública mencionada, como consecuencia de no haberse pagado el precio estipulado para el bien compravendido; y, consecuentemente, la condena al demandado a restituir la finca que fue materia de dicho contrato a la sucesión de Jesús María Salazar, “representada por” Tomás Enrique Salazar.

Como segunda petición subsidiaria el demandante deprecó en su demanda el decreto de rescisión, por causa de lesión enorme, “del aparente contrato contenido en la escritura No. 311 citada antes”, con-

cediéndole al demandado la opción alternativa para que, según el caso, complete el justo precio de la finca o restituya esta a la sucesión citada.

Y como tercera petición subsidiaria, solicitó la declaración de nulidad del “aparente contrato de compraventa” contenido en la escritura mencionada, por “no haber obtenido la autorización de la Administración de Impuestos Nacionales” a pesar de haberse concertado entre quienes son hermanos, “entendiéndose por ello que es donación, de la cual no hubo insinuación” judicial; y que, como consecuencia de esta declaración, se condene al demandado a restituir la finca y pagar los frutos civiles y naturales producidos por esta “desde la contestación de la demanda”.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, el demandante invocó los que sustancialmente quedan comprendidos dentro de las siguientes afirmaciones:

a) Mediante la escritura pública No. 311 de 20 de noviembre de 1977, otorgada en esa fecha en la Notaría de El Cairo e inscrita el 22 de diciembre siguiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Roldanillo, Jesús María Salazar Salazar vendió a José Eduardo Salazar Salazar la finca denominada “El Guayabo”, de una extensión aproximada de 17 hectáreas, ubicada en la vereda “La Torre”, de la jurisdicción municipal de Bolívar, mejorada con casa de habitación y cultivos varios, comprendida dentro de estos linderos: “Por el Norte, con propiedad del señor Demecio Velásquez; por el Sur, con propiedad de Manuel Londoño; por el Oriente, con Eduardo Ocampo; y por el Occidente, con Aristides Largo”;

b) En la sobredicha escritura se acordó como precio de la compraventa la cantidad de \$ 40.000.00, moneda corriente, “pagados de contado”, según reza el mentado documento escriturario;

c) Vendedor y comprador, o sea Jesús María y José Eduardo Salazar Salazar, son hermanos entre sí, por ser hijos ambos de Jesús María Salazar y Teresa Salazar, como lo es también el aquí demandante Tomás Enrique, quien, por tanto, es hermano de aquellos;

d) Ambos padres de los hermanos Salazar Salazar, es decir Jesús María y Teresa Salazar, están ya fallecidos, como también murió el vendedor de la finca Jesús María Salazar Salazar, cuyo óbito ocurrió el 2 de diciembre de 1977, o sea doce días después de otorgada la escritura contentiva de la venta a que se viene haciendo referencia;

e) A través del hecho 9º de su demanda, expresa el demandante que “El causante Jesús María Salazar Salazar, duró más de un mes enfermo, pero en todo caso, durante el tiempo de su enfermedad, estuvo fue en la casa de Tomás Enrique Salazar Salazar, hermano del causante, y éste veló por él hasta la hora de la muerte. Durante su enfermedad, mandó llamar a su hermano José Eduardo Salazar, y le dijo estas palabras: ‘Yo le voy a asegurar a usted la finca, para que en el momento de mi muerte o después, usted la reparta con Tomás Enrique y Fabiola Salazar Salazar, todos hermanos del muerto, por ser ellos los más pobres y por cuanto Tomás había visto por él durante todo el tiempo de su enfermedad’. Así las cosas mandó llamar al señor Notario, le contó la situación y en tales condiciones se hizo la escritura de venta, y aunque en ella se dice que el valor de la venta fue por cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00), ello no es cierto, como así lo demostraré en el proceso, ya que en el momento de la firma de la escritura, el vendedor estaba casi en estado de coma, no recibió suma de dinero alguna, y por ende no habiendo pago de la compra, no puede existir el negocio de compraventa del bien, ya que la obligación del comprador es la de pagar el precio, y al no hacerlo, no hubo venta alguna”;

f) La condición impuesta por el vendedor a su hermano al momento “de suscribirle la escritura de la aparente venta”, —agrega el demandante— es legalmente válida, y al no cumplirse por “el aparente comprador” produce nulidad del acto de compraventa, contenido en la mentada escritura No. 311; y

g) Finalmente, en el hecho 11 de su demanda, expresa el demandante que “la aparente venta” se hizo por la suma de

\$ 40.000.00, "precio irrisorio" dado que la finca por la época en que se concertó el contrato, tenía un valor comercial superior a \$ 1.000.000.00, de "lo cual se desprende que la aparente venta es nula por lesión enorme y podrá rescindirse de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1947, 1946 y concordantes del Código Civil...".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las súplicas de su demandante; en cuanto a los hechos afirmados por éste aceptó algunos, negó otros y exigió la prueba para los restantes.

Expresó entonces el demandado, y en tales asertos edificó principalmente su defensa, que el contrato de compraventa ajustado por él con su demandante fue real y no aparente como éste lo califica; que en la escritura en la cual se plasmó tal acuerdo voluntario, no se estipuló "ninguna condición para que sea cumplida por el comprador, ni el vendedor dijo que la venta se haría si se cumplía determinada condición"; que el precio pactado fue verdadero, el cual se pagó ciertamente, no en la cantidad indicada en la escritura sino en una de mayor valor, que correspondía al comercial que la finca compravendida tenía a la sazón; y que si bien es verdad que no se obtuvo autorización fiscal para la venta, celebrada entre quienes son hermanos, de tal hecho no puede deducirse que se trate de una donación "para que hubiere previamente que promover proceso de insinuación".

En esa misma oportunidad el demandado propuso, como excepción de mérito, la que denominó "falta de legitimación en causa" del demandante, por cuanto, dijo, si éste "tiene vocación hereditaria" no acreditó, sin embargo, "tener la calidad de heredero que invoca en la demanda para legitimarse".

4. Con aducción y práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 20 de abril de 1982, mediante la cual resolvió el litigio así: a) declaró rescindida, por causa de lesión enorme, la compraventa ajustada entre Jesús

María Salazar Salazar, como vendedor, y José Eduardo Salazar Salazar, como comprador, contrato contenido en la escritura No. 311 de 20 de noviembre de 1977, otorgada en la Notaría de El Cairo; b) condenó al demandado, en consecuencia, a restituir a la sucesión de su vendedor la finca que fue objeto del contrato rescindido; c) ordenó la cancelación del registro de la escritura respectiva; y d) finalmente impuso al demandado las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación que el demandado interpuso contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el que, después de rituar la instancia, profirió su fallo de 19 de noviembre del mismo año, por el cual confirmó el apelado, adicionándolo en el sentido de reconocer al comprador la opción que confiere el artículo 1948 del Código Civil, que dijo debe ejercitar en el término de diez días; y de condenar al demandante a restituir al demandado los \$ 40.000.00, precio de la compraventa, junto con sus intereses legales, "desde la fecha de la demanda hasta que se verifique el pago".

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

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 el demandado, el Tribunal de Buga inicia las consideraciones de su sentencia observando que la demanda inicial trae acumuladas varias pretensiones, agregación que encuentra ajustada a derecho pues que, dice, muy a pesar de que algunas de las así deducidas son incompatibles entre sí, la acumulación se hace en forma subsidiaria.

Asentado por él el anterior postulado básico, pasa el *ad quem* a discriminar, precisándolas en su alcance, las cuatro pretensiones que encuentra instauradas en la demanda inicial, las que a continuación procede a estudiar separadamente.

2. Frente a la pretensión principal, tendiente a la declaratoria de nulidad del acto de compraventa por no haber cumplido el comprador la condición a que ella se sometió, dice el sentenciador de segundo grado que no puede prosperar por no haberse acreditado la existencia de la afirmada condición.

Alusión “tan precaria, —dice la sentencia— en manera alguna puede desvirtuar el mérito probatorio de lo consignado en la escritura No. 311... , en donde aparece que dicha transferencia se hizo por parte del causante Jesús María Salazar, sin imponerle ninguna condición al comprador José Eduardo Salazar, y menos la que aquí se pretende”.

3. Tampoco encuentra próspera la pretensión anulatoria del contrato de compraventa por no pago del precio, que el demandante dedujo como primera subsidiaria, porque “el incumplimiento de un contrato bilateral por uno de los contratantes, no genera nulidad del mismo, ello lo que constituye es la acción resolutoria”.

Agrega que, de otra parte, en el presente caso no se desvirtuó la afirmación de pago del precio que trae la escritura, “de haberlo recibido (el vendedor) en su totalidad y a entera satisfacción”.

4. Colocado frente a la segunda súplica subsidiaria, la atinente a la rescisión de la compraventa por la lesión enorme que sufrió el vendedor, el Tribunal estima que el supuesto fáctico de tal pretensión sí está demostrado y que, por consiguiente, esta debe acogerse.

Para fundar la conclusión a que en este punto llega, el *ad quem*, luego de referirse a la estructura legal del fenómeno de la lesión enorme, a su finalidad y consecuencias propias, nota que la prueba pericial, si bien no es la única, sí reviste gran importancia y es a menudo frecuente para demostrar el “avalúo sobre el justo precio de predio cuando ocurrió la celebración del contrato”.

Y dando por sentado que el precio convenido para la compraventa plasmada en la sobredicha escritura No. 311 fue de \$ 40.000.00, observa que el dictamen de

los peritos rendido en la primera instancia del proceso, “experticia que no fue contradicha por las partes”, determina que la finca tenía por la época en que se ajustó el contrato el valor comercial de \$ 400.000.00. Dice la sentencia que ante tal prueba “resulta suficientemente demostrado que el fundo de la venta cuestionada fue transferido por una suma inferior, en mucho, a la mitad del justo precio del mismo, por la época en que se celebró la negociación en comento”; y que, por lo consiguiente, “se configura la lesión enorme sufrida por el vendedor”.

Estimó el Tribunal, y así lo decide, que como prospera la pretensión rescisoria por lesión enorme, tiene que reconocer al demandado la opción a que alude el artículo 1948 del Código Civil; a la vez que condenar al demandante, en caso de que el demandado consienta en la rescisión, a restituir a éste la suma que pagó como precio de la compraventa.

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado. En la correspondiente demanda el recurrente formula contra dicho fallo un solo cargo, que sitúa dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil; y del 306, inciso 1º, del de Procedimiento Civil, este por inaplicación, todo ello como consecuencia del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal al no haber apreciado la confesión del demandante, “contenida en los hechos 9º, 10º y 11º de la demanda, en los que de manera insistente el demandante le niega entidad de compraventa al acto contenido en la escritura pública No. 311 de 1977”.

2. En el proemio del desarrollo del cargo el casacionista, luego de recordar que la demanda inicial del proceso trae acumuladas subsidiariamente acciones incompatibles asevera que “lo que sí es de tras-

cedente gravedad negativa para la posición asumida por el demandante” es que los hechos de su libelo, si bien brindan apoyo fáctico a las dos primeras peticiones y sus consecuencias, sin embargo “les quitan o les niegan el necesario piso jurídico a las pretensiones subsidiarias segunda y tercera”.

Y después de precisar el contenido de los ocho primeros hechos de la demanda, los que encuentra compatibles con todas las pretensiones deducidas en ella, dice el impugnador que “la integridad de la fundamentación fáctica dada en la demanda desvirtúa, en razón de los hechos numerados 9º, 10º y 11º, ya aludidos, la procedencia de las pretensiones subsidiarias segunda y tercera, en las que se persigue”, respectivamente, la rescisión por lesión enorme y la declaración de nulidad de una donación. “Desvirtúa el fenómeno de la lesión enorme —dice el censor— porque, para que éste se presente, se requiere de una compraventa real y perfecta, que es precisamente lo que niegan los mencionados hechos 9º, 10º y 11º; y desvirtúa también la existencia de una donación que debiera ser insinuada judicialmente, porque esta clase de donación es acto entre vivos (arts. 1443 y 1458 C. C.), al paso que lo que el hecho 9º plantea es una verdadera (aunque no formal) disposición testamentaria que, si se quisiera calificar de donación, tendría que ser revocable, es decir, por causa de muerte, y no necesitada de insinuación judicial”.

3. Continuando en la fundamentación del cargo, concretándose al decreto de rescisión de la compraventa por lesión enorme, afirma el recurrente que lo afirmado por el demandante en el hecho 9º, con eco en el 10º y en el 11º, “tiene, en el orden probatorio, una significación relativa; respecto de las pretensiones principal y primera subsidiaria debería haber sido demostrado por medio diferente del libelo mismo, por ser la afirmación de un hecho favorable al demandante, y, precisamente, por no haber sido suministrada la prueba, hubo de ser protocolizado el fracaso de tales pretensiones; pero respecto de la segunda pretensión subsidiaria, la de rescisión por lesión enorme, aquella misma

afirmación, que equivale a negación de la compraventa, presupuesto material de la lesión enorme, se torna en constitutiva de un hecho desfavorable al demandante y, por ende, en confesión”.

Dice la impugnación, concretando el yerro de facto que denuncia, que la por él apuntada confesión fue “la que el Tribunal omitió apreciar”, incurriendo así en un error de hecho manifiesto, “pues para constatarlo es bastante leer la sentencia que impugno, en la que en parte alguna ni se comenta ni se hace referencia a la confesión que he señalado”; y además trascendente “porque si el Tribunal hubiera apreciado esa confesión relativa, la hubiera encontrado en conflicto con el fenómeno jurídico de la lesión enorme”, lo que habría determinado un fallo desestimativo de la pretensión correspondiente.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Como la pretensión, en la esfera del Derecho Procesal, implica generalmente la exigencia frente a una persona de determinada declaración judicial, tiene que deducirse mediante una demanda, o sea el escrito por el cual se pide tutela para un interés jurídico, a través de una sentencia.

Es tan íntima la relación existente entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ve en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelve ordinariamente todo el procedimiento. En verdad que cuando una persona quiere hacer valer un derecho suyo, en el escrito inicial debe solicitarle al juez la declaración que pretende, con invocación de una concreta situación de hecho, es decir, expresando tanto el petitum como la causa petendi de la pretensión.

Dada la trascendencia que la demanda tiene en la constitución, desarrollo y culminación del proceso, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, que en el ordenamiento procesal colombiano están determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 82 de la respectiva codificación. Según tal preceptiva, para que la demanda sea admisible debe determinar

en forma precisa y clara "lo que se pretenda" por el demandante, o sea la nitida indicación de la pretensión incoada, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure; y, además, el señalamiento de los hechos que sirven de fundamento a las súplicas, "debidamente determinados, clasificados y numerados", o sea formando grupos según la materia, con la lógica separación que la relación material exige.

2ª Según lo indican los principios del Derecho Procesal, para el ejercicio de cada pretensión debe seguirse un proceso independiente; sin embargo, por razones de economía, es procedente tramitar y decidir una pluralidad de pretensiones dentro de una unidad de proceso. Por acumulación se entiende, entonces, la unión de varias pretensiones en un solo procedimiento de demanda (acumulación objetiva); o la agregación de dos o más procesos a fin de que formen uno solo y en él se decidan aquellas (acumulación subjetiva).

El fenómeno de la acumulación objetiva o agregación de varias pretensiones en una sola demanda, que expresamente autoriza el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, depende de la voluntad del demandante, porque es éste quien tiende en tal caso a reunir en un solo proceso, como es una la demanda con la cual se inicia, dos o más pretensiones, con el propósito de que se tramiten conjuntamente y se decidan en sentencia única.

Pero si la ocurrencia del fenómeno depende del arbitrio del demandante, la procedencia de la acumulación no queda al amparo de su absoluta libertad: está limitada por la incompatibilidad que las varias pretensiones tengan entre sí, desde luego que el antecitado texto legal preceptúa que en el mismo escrito de demanda el demandante puede deducir varias pretensiones contra el demandado, "siempre que concurren los siguientes requisitos": a) que el juez sea competente para conocer de todas, con la salvedad prevista en el numeral 1º de esa misma norma; b) que a todas las que se agregan corresponda el mismo procedimiento; y c) que las agregadas no se excluyan entre sí, a menos

que se trate de una acumulación subsidiaria.

Lo cual quiere decir que la incompatibilidad de las pretensiones, como óbice insalvable para su debida acumulación, puede ser de orden material o de orden procesal. Habrá incompatibilidad material o natural —y por esto la acumulación deja de ser lógica y legalmente posible— cuando los efectos jurídicos de dichas pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicos o excluyentes; y existirá incompatibilidad procesal —que también veda la acumulación— cuando el juez no es competente para conocer de todas las pretensiones agregadas, o cuando a todas ellas no les corresponde, según la ley, el mismo o idéntico procedimiento.

3ª En los casos de acumulación, para que la demanda que la contenga sea formalmente apta, tiene también que señalar los hechos que le sirven de fundamento a cada una de las pretensiones agregadas; en tal supuesto la apuntada narración de hechos, con tanto mayor razón, tiene que hacerse "debidamente determinados, clasificados y numerados" (art. 75-6 del Código de Procedimiento Civil).

Es decir, que la demanda debe traer los hechos ordenados o dispuestos en grupos lógicos y separados según la relación que ellos tengan con la correspondiente súplica, a tal punto que en cada uno de los grupos formados queden excluidas las afirmaciones que correspondan a situaciones fácticas impertinentes o extrañas a la respectiva pretensión.

Cuando se trata de súplicas que atañen a una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir por ser antitéticas, la ley posibilita su acumulación pero solamente en forma eventual o subsidiaria, pues en tal hipótesis el demandante subordina la estimación de una de ellas a la desestimación de la otra. En este acontecer nada impide, y antes bien la naturaleza de las cosas así lo requiere, que el demandante determine en su demanda hechos o fundamentos generalmente contradictorios o excluyentes: quien pretenda la nulidad de una compraventa y en subsidio su resolución, por ejemplo, tendrá que hacer afir-

maciones que tiendan a demostrar la ineficacia o invalidez de dicho acto y a la vez, aunque separadamente, las que conduzcan a establecer su incumplimiento.

4ª La demanda con la cual se inició este proceso no es, ciertamente, modelo en la aplicación de la técnica procesal, puesto que aun cuando los fundamentos que en ella se dieron para las varias pretensiones acumuladas subsidiariamente vienen "numerados", no fueron sin embargo "clasificados", o sea dispuestos a agrupados por materias. De ello resulta que la narración de las causas de las diferentes peticiones aparece huérfana de la lógica deseable y autoriza afirmar, al primer golpe de vista, que los fundamentos dados para la misma pretensión son incompatibles entre sí, tal cual aquí lo pregona el recurrente.

Aseverar, como lo hace el demandante a través del hecho 11º de la demanda incoativa del proceso, que el precio de \$ 40.000.00 de "la aparente venta" es irrisorio porque la finca tenía, "por la época de la aparente venta", un valor comercial de más de \$ 1'000.000.00; y que de todo eso "se desprende que la aparente venta es nula por lesión enorme y podrá rescindirse de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1947, 1946 y concordantes del Código Civil", es en verdad hacer afirmaciones incompatibles entre sí, pues que si la compraventa no es real sino aparente no puede hablarse en rigor jurídico de lesión enorme sufrida por el vendedor: la lesión enorme presupone la existencia de una compraventa real y eficaz y se descarta por ende en la aparente y en la nula.

Ello no obstante, es lo cierto que dicha demanda, en la parte atinente a la causa pretendida de la pretensión rescisoria deducida, sí alude a una concreta situación de hecho a la que la ley le atribuye el efecto jurídico perseguido: que el vendedor Jesús María Salazar, al celebrar la compraventa contenida en la precitada escritura pública No. 311 de 20 de noviembre de 1977, sufrió lesión enorme porque el precio que recibió resultó cuantitativamente inferior a la mitad del justo valor de la cosa enajenada. Con esta interpretación no puede decirse

que el Tribunal haya dejado de ver confesión de inexistencia de la compraventa cuya rescisión se demanda, puesto que así entendida la cuestión no se encuentra vertida en la parte pertinente de ese libelo confesión alguna del demandante en tal sentido.

5ª Por lo demás, mirada la cuestión desde otro ángulo habría que decirle al recurrente que si su censura, como parece, tiende a demostrar que la petición de lesión enorme no trae hechos fundamentales, pues que los que la demanda narra son impertinentes para fundar una declaración de tales contenido y alcance, ese presunto yerro del sentenciador *ad quem* ha debido acusarlo denunciando error de hecho en la interpretación de la demanda, lo que evidentemente no hace.

Y si con este criterio de amplitud pudiera la Corte interpretar en ese sentido la acusación, tendría que afirmar que el sentenciador no alteró ostensiblemente el contenido objetivo que la demanda muestra, pues es lo cierto que si dicho escrito se analiza en todo su conjunto, y no tomando solamente una o algunas de sus afirmaciones aisladas de todas las demás, permite entender que la verdadera voluntad del demandante radicó en que, desestimada su pretensión de anular el contrato de compraventa, subsidiariamente se decretase su rescisión por lesión enorme, que fue justamente la interpretación que el Tribunal le dio.

Por lo dicho, el cargo formulado resulta ineficaz.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

PRUEBAS DE OFICIO

La ley no autoriza un segundo traslado para alegar cuando se practican pruebas de oficio con posterioridad al término del traslado para alegar

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre diecisiete de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

En apelación de la sentencia de fecha 30 de junio del año en curso, interpuesta por el Fiscal 6° del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, ha llegado a la Corte el *proceso de separación de cuerpos* promovido por *Fabiola Hernández de Durango* contra *Mario Durango Londoño*.

La providencia objeto del recurso accedió a todas las súplicas de la demanda presentada por *Fabiola*, porque encontró demostrada una de las causales de separación invocadas por esta, o sea, el absoluto incumplimiento de parte del demandado en sus deberes de esposo y de padre, incumplimiento que subsistía cuando se inició el proceso. Decretó, pues, la separación de cuerpos y la disolución y consiguiente liquidación de la sociedad conyugal, confió de manera exclusiva a la madre la custodia y la patria potestad de los hijos comunes y dispuso que los gastos de crianza, sostenimiento y educación de los mismos correrían a cargo de los padres en proporción a sus respectivas facultades económicas.

Como elementos de convicción que lo llevaron a estimar probado ese abandono del demandado, aunque los calificó de escasos sin embargo los estimó suficientes, el Tribunal señaló las declaraciones testimoniales de *Consuelo Castro Cañaverl* y *Doris Linos Girón*, y además, el indicio

resultante de que *Durango* no contestó la demanda.

Junto con el libelo se presentaron como prueba las partidas notariales del matrimonio católico contraído por los litigantes el 22 de febrero de 1969, que dicho sea de paso demuestra también la legitimación en causa de aquellos, y de nacimiento de los cinco hijos que tuvieron menores de edad todos.

Como los presupuestos procesales están cumplidos y la actuación no ofrece reparo alguno desde el punto de vista de su validez, se procede a resolver.

El señor Fiscal del Tribunal, con diligencia encomiable, dio cumplimiento a lo que ordena el artículo 7° de la Ley 1ª de 1976 para cuando hay hijos menores. Alega como fundamentos de la apelación que interpuso contra la mencionada sentencia, que se produjo la caducidad que establece el art. 6° respecto de los hechos afirmados en la demanda como constitutivos de las causales de separación invocadas y, además, que no se le permitió alegar después de haberse recibido la declaración que el fallador *a quo* decretó de oficio.

Como atrás se expuso, el Tribunal decretó la separación de cuerpos impetrada por la demandante, porque estimó demostrada la segunda de las causales de divorcio aplicables a la separación de que tratan los arts. 154 num. 2° y 165 del Código Civil. Respecto de esta causal, como es apenas lógico y varias veces lo ha sostenido la Corte, no puede predicarse la caducidad cuando el hecho que la configura, o sea el abandono, aún no ha cesado cuando se traba la relación jurídico-procesal, que es lo que ocurre en el presente caso.

En cuanto al otro reparo del señor Fiscal, se observa que por auto del 20 de enero del corriente año, el Tribunal corrió traslado para alegar a las partes y al propio Fiscal y que éste lo utilizó debidamente, presentando su concepto. La ley no autoriza un segundo traslado cuando se practican pruebas oficiosas con posterioridad al primero.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista del ocho del mes en curso, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse, porque comparte la apreciación probatoria hecha por el Tribunal. La Corte igualmente está de acuerdo con ella y advierte que hay dos elementos de convicción adicionales a los que tuvo en cuenta el Tribunal para estimar demostrado el absoluto e injustificado abandono en sus deberes de esposo y de padre en que ha incurrido. En efecto, para notificarle el auto admisorio de la demanda y correrle el traslado del caso, fue necesario comisionar al Juez Promiscuo Municipal de Miranda. Que el domicilio conyugal es la ciudad de Cali se deduce que de allí contra-

jeron matrimonio Fabiola y Mario y allí nacieron todos los hijos.

Además del indicio en contra del demandado que establece el art. 95 del Código de Procedimiento Civil para cuando el demandado no conteste la demanda, constituye un nuevo indicio el solo hecho de que no intervino en forma alguna en el proceso (art. 249 *ibídem*).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

No hay lugar a costas por haber sido el Ministerio Público el que interpuso el recurso.

Publíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal Superior de Cali.

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura, Salva el voto.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

Nulidad del proceso por falta de competencia

Proceso separación de cuerpos de Fabiola Hernández contra Mario Durango.

Me separo del criterio de los compañeros de Sala por cuanto considero que este proceso es nulo por falta de competencia, pues las causales invocadas en la demanda son las de la Ley 1ª de 1976 y no las del Derecho Canónico.

Fundo mi disentimiento en las siguientes razones:

a) En virtud del Concordato de 1973, aprobado por Ley 20 de 1974, los Tribunales y la Corte conocen en primera y segunda instancia de las causas de divorcio no vincular, o sea separación de cuerpos, también llamada separación de lecho, mesa y habitación, de los matrimonios celebrados en el país por los ritos canónicos, de que antes conocían los Tribunales Eclesiásticos por mandato de los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, proceso que "se rige por las leyes" de la Iglesia.

b) En el artículo tercero del Concordato se dice que "la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de esta, pero será respetada por las autoridades de la República".

c) Sin la menor duda cuando entró en vigencia el Concordato de 1973 los procesos de separación de cuerpos de matrimonio canónico debían celebrarse de conformidad con las leyes de la Iglesia en punto a causales.

d) Varios años después el Estado dictó la Ley 1ª de 1976, por la cual se creó una institución denominada separación de cuerpos, por causales específicas, incluida entre estas el mutuo acuerdo, aplicable tanto al matrimonio civil como católico, de los cuales son competentes los Jueces Civiles del Circuito. A raíz de la expedición de dicha ley en los procesos de separación regulados por el Concordato se ha sustituido el Derecho Canónico por la aquella, y se han venido invocando las causales consagradas en la misma.

e) La Ley 1ª de 1976 no dice que las causales de separación consagradas en ella sustituyan las canónicas ni decirlo podía, pues un tratado público como lo es el Concordato no puede ser modificado unilateralmente por una sola de las partes.

f) Como consecuencia de todo lo anterior, cuando se invocan causales de separación de la Ley 1ª en vez de las canónicas, son competentes los Jueces Civiles del Circuito y los Tribunales y la Corte carecen de competencia.

g) La falta de competencia es causal de nulidad del proceso y, de otra parte, es insubsanable.

Bogotá, noviembre 16 de 1983.

Jorge Salcedo Segura.

PATERNIDAD NATURAL

Posesión notoria del estado de hijo

Elementos que la tipifican: trato, fama y tiempo. No es necesario probar el trato entre la madre y el presunto padre

P R U E B A

Principios que gobiernan su diligenciamiento. Pruebas extraprocesales
Prueba sumaria y prueba contradicha

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados contra la sentencia de 18 de noviembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por Uldarico Granados contra los herederos de Salomón Ruiz Parrado.

I

El litigio

1. Mediante escrito que en repartimiento del 18 de julio de 1979 correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, el citado Uldarico Granados demandó a los herederos indeterminados del finado Salomón Ruiz Parrado, en procura de las siguientes declaraciones:

Que el demandante, *hijo natural de Alejandrina Granados*, lo es también de Salomón Ruiz Parrado; que como tal tiene derecho a la herencia de éste, como heredero legítimo; y que se tome nota del reconocimiento en el acta de nacimiento del demandante.

2. Los hechos que éste invocó en su demanda como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

Que a partir de 1934 y por un período mayor de 10 años Alejandrina Granados, que a la sazón era soltera y vivía en la ciudad de Villavicencio, mantuvo relaciones sexuales estables y permanentes con Salomón Ruiz Parrado; que fruto de dicha convivencia fue la procreación de Uldarico Granados, cuyo nacimiento ocurrió en esa misma ciudad el 17 de marzo de 1936, habiendo sido bautizado en la Iglesia Parroquial de allí el 19 de julio siguiente; que desde cuando Uldarico nació y hasta la muerte de Salomón, sucedida el 19 de diciembre de 1978, éste trató a aquél como hijo suyo, atendió a su crianza, educación y establecimiento y lo presentó en esa calidad a sus amigos, deudos y relacionados; y que, por su parte, recibía del menor el correlativo tratamiento paterno.

Añadió el demandante que su padre Salomón Ruiz Parrado murió célibe y sin descendencia natural, ni ascendientes legítimos o ilegítimos, "por lo que toda la herencia le corresponde" a su hijo natural, el aquí demandante.

3. Admitida que fue la demanda, en el mismo auto se ordenó emplazar "a los he-

rederos indeterminados del señor Salomón Ruiz Parardo”, a quienes, por no haber comparecido al proceso, se les designó curador *ad litem*.

Y éste, luego de haber recibido notificación del auto admisorio de la demanda, le dio contestación al libelo oponiéndose a las súplicas deducidas en él; en cuanto a los hechos afirmados, negó algunos y pidió la prueba para los más.

En esa misma oportunidad el citado curador afirmó que Ruiz Parrado “vivió en esta ciudad en compañía de su señora madre, Manuela Parrado, en familia, durante muchos años y luego en compañía de la señora Carmen Urrego, hasta cuando ésta falleció”; y que el mentado Ruiz Parrado, agregó el curador, “entiendo que dejó parientes legítimos”.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, se continuó luego la ritualidad de la primera instancia con la práctica de las pruebas pedidas por el demandante y el curador de los demandados.

Más tarde, como que lo hizo el 3 de diciembre de 1980 cuando se citó para sentencia, compareció al proceso Ernesto Ruiz Ruiz, quien, aduciendo la prueba de haber sido reconocido como heredero del causante “en representación de su madre Bárbara Ruiz Parrado, hermana legítima de Salomón...”, solicitó la nulidad de toda la actuación por no haberlo demandado como heredero conocido, pretensión que le fue denegada por auto de 10 de junio del año siguiente.

Posteriormente el juzgado del conocimiento dictó su sentencia de 1º de julio de 1981, mediante la cual declaró al demandante como hijo natural del finado Salomón Ruiz Parrado; dispuso, en consecuencia, que aquél tiene derecho a recibir la herencia de su padre; y, por último, ordenó inscribir en el registro del estado civil el reconocimiento de paternidad natural hecho.

5. Contra lo así decidido interpuso apelación el sobredicho heredero Ernesto Ruiz Ruiz, por lo que el proceso subió al Tribunal Superior de Villavicencio el que, luego de rituada la instancia, por senten-

cia de 18 de noviembre de 1982 confirmó la apelada e impuso las costas al apelante.

II

Los fundamentos del fallo de segunda instancia

1. Luego de relatar los antecedentes del litigio y de resumir el trámite del proceso, capítulo en el cual relaciona, discriminándolas, todas las pruebas pedidas por las partes, el Tribunal de Villavicencio acomete el análisis de la pretensión de paternidad natural, que es la que encuentra deducida en la demanda inicial; estima, al efecto, que de las presunciones invocadas por el demandante el juzgado *a quo* encontró justificada, y sobre ella hizo la declaración deprecada, la de posesión notoria del estado de hijo.

Considera el Tribunal, y así lo asevera en su fallo, que en esta clase de procesos para la prosperidad de la presunción de paternidad referida “es necesario probar los hechos con testimonios circunstanciados respecto a modo, tiempo y lugar en que estos se sucedieron, ya que no basta la estimación conceptual de los testigos, sino que sus dichos deben estar respaldados por hechos, que como es obvio los deben detallar”.

2. Amparado en toda la prueba testimonial practicada, de la cual hace alusión expresa a las declaraciones juradas rendidas por Carlos Enrique Zapata, Enrique Aya, Héctor Acosta y Luis Alberto Perdomo, el sentenciador de segundo grado, prohibiendo el criterio que en el punto expuso el de la primera instancia, da por establecida en este caso la posesión notoria del estado de hijo natural que con relación al causante tiene Uldarico Granados.

Dice en efecto que tales testigos “son acordes respecto a que Salomón Ruiz Parrado llamaba a Uldarico Granados como hijo y que le suministraba dinero para vestuario, compra de cuadernos y golosinas, es decir, proveyendo a su subsistencia y educación”. Añade la sentencia que también se infiere de la referida prueba testifical “que el estado de posesión notoria de Uldarico Granados como hijo extrama-

trimonial de Salomón Ruiz Parrado supera el lapso de tiempo mínimo de los cinco años de que trata el art. 9º de la Ley 75 de 1968 pues el conocimiento de los testigos data en general de 1938 a 1960”.

3. Refiriéndose a las objeciones que el demandado opositor le formuló a la prueba testimonial practicada en el proceso, dice el *ad quem* que “los detalles pormenorizados que hacen los testigos de los hechos de que tienen conocimiento, son precisamente los que requiere o exige la ley para probar la fama de la posesión notoria...”; y que el simple hecho de que existan “diferencias de detalles entre los testigos, lejos de demeritarlos, por el contrario los hacen más verosímiles, pues lo que sí sería sospechoso y de donde podría deducirse cierta confabulación de una parte con los testigos, es que éstos fueran completamente acordes en sus detalles y pormenores”.

Dice finalmente el sentenciador que el punto esencial de la prueba testifical, referente al trato paterno-filial que se prodigaron entre sí Salomón y Uldarico, no fue desvirtuado muy a pesar de haber sido controvertida la prueba.

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado Ernesto Ruiz Ruiz. En su 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, censuras que la Corte procede a examinar y despachar en el orden en que vienen propuestas.

Primer cargo

1. Con él se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 393, 396, 397, 398, 399 del Código Civil; 6º, 9º y 10º de la Ley 75 de 1968; 1º, 4º, 5º y 6º de la 45 de 1936, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apre-

ciación de la prueba testimonial que tomó en apoyo de su decisión.

El impugnante señala, como violación medio, la de los artículos 174, inc. 2º, 175, 180, 181, 183, 184, 219, 222, 223, 226, 227, 228, 229 del Código de Procedimiento Civil.

2. A intento de demostrar el cargo que formula, asevera el casacionista que el Tribunal otorgó mérito probatorio a todos los testimonios practicados no obstante que en todos ellos, al pedirlos como prueba, el demandante “omitió indicar el domicilio, residencia y dirección del testigo, así como la enunciación sucinta del objeto de la prueba”, a más de que todas esas declaraciones se recibieron “fuera del término probatorio...”.

Tales son las irregularidades que el censor atribuye a la práctica de los testimonios de Enrique Aya Torres, Carlos Enrique Zapata, Héctor Acosta y Luis Alberto Perdomo, que son los cuatro que la sentencia del Tribunal cita expresamente; y también a las demás declaraciones recibidas, o sea a las de Natividad Guevara vda. de Lombana, Flor María vda. de Ladino, Polidoro Aguilera y María Inés Alonso vda. de Diazgranados, no obstante que a estas últimas la sentencia no hace alusión expresamente.

3. En el análisis crítico que globalmente hace el censor a la apreciación de la prueba testimonial, dice que de “todas las fallas anotadas en cada testimonio se colige sin mayor esfuerzo, que el Juzgado del conocimiento convirtió la etapa probatoria del proceso en un período arbitrario e interminable. Primero violando claras disposiciones procedimentales en la ordenación de la prueba, aceptó testigos que no reunían requisitos para su ordenación. Luego abrió a prueba el juicio por cuarenta días y ordenó practicar las pruebas fuera de dicho término. Posteriormente, no se reciben los testimonios de los señores Carlos Arturo López, Inés Alfonso de Díaz-Granados, Luis Alberto Perdomo y Polidoro Aguilera, por negligencia del actor, porque en primer lugar no indicó la dirección de los testigos en donde podrían ser citados, y en segundo lugar no pagó la citación de los mismos, y menos los presentó.

Sin embargo señaló nuevas fechas para el efecto, fechas que están fuera del período probatorio. Estas declaraciones no podían ser ordenadas nuevamente, ni de oficio por expresa prohibición del art. 184 del Código de Procedimiento Civil, pues sólo pueden ser decretadas de oficio cuando hayan sido solicitadas por alguna de las partes y se dejaron de practicar por culpa no imputable a la parte interesada”.

De todo lo cual concluye el impugnante que el Tribunal desconoció, por lo cual las infringió, las normas de orden público regulativas de la “petición, ordenación, producción de la prueba y la preclusión de los términos propios del proceso ordinario de mayor cuantía”.

Se considera

1ª Como lo tiene aceptado la doctrina universal, para que la prueba cumpla su fin propio, cual es lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que estructuran la relación material que se controvierte en el proceso, tiene que corresponder inexorablemente a ciertos y determinados principios, sin cuya observancia no puede merecer validez jurídica. Dentro de estos, por ser relevantes en la controversia que aquí se estudia, tienen que citarse los atinentes a la publicidad, contradicción y formalidad de la prueba.

No sin razón sostienen los expositores del Derecho Procesal que el diligenciamiento de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no la conoció y no tuvo injerencia en su producción. *El principio de la publicidad de la prueba significa que debe permitirse a las partes conocerla, objetarla, discutirla y analizarla para patentizar ante el juez el valor que tiene; pero significa también que las conclusiones del fallador sobre la prueba deben ser conocidas por las partes, para, si es el caso, impugnarias.*

Consecuencia obvia del anterior es el principio de la contradicción de la prueba, pues este reclama que la parte contra quien se opone, luego de conocerla, pueda intervenir en su práctica. A la contraparte le asiste el derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y esta facultad se cumple y tiene que cumplirse a todo lo largo del período que dura la incorporación de ella al proceso, ya que, conforme al principio dominante en la materia, formulada la petición y decretada la prueba el auto respectivo se notifica a la contraparte; y continúa su intervención antes y durante la práctica, como cuando tacha los testigos o contrainterroga a los declarantes (arts. 218, 219, 228-4 y 229 C. P. C.).

Complemento indispensable de los anteriores, es el principio de la formalidad de la prueba. Implica éste que la prueba se revista de ciertos y determinados requisitos extrínsecos e intrínsecos, sin los cuales queda demeritada en su valor probatorio y menguada su eficacia jurídica. A más de la ausencia de vicios de fondo, como dolo, error o violencia, el testimonio, por ejemplo, debe pedirse, decretarse y practicarse con observancia de formalidades referentes al modo, tiempo y lugar (arts. 174, 183, 219, 220, 227, 228, 298, 299 y 301 ibídem).

2ª *Se ha entendido por procedimiento probatorio, entonces, el conjunto de actos que, ora realizados por las partes o ya por el juez, son indispensables para producir u obtener la prueba, practicarla y valorarla o ponderarla.*

Fase importante en la primera etapa de la actividad probatoria, o sea en la atinente a su producción, es el aseguramiento o defensa de la prueba, que se relaciona íntimamente con su investigación y alude a las medidas encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda, o que su práctica se haga imposible por otras causas, y en ciertos casos a conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso. Para satisfacer tal necesidad la ley autoriza la recepción de pruebas anticipadas o extraprocesales, como las declaraciones de nudo hecho (arts. 229, 298, 299, ibídem).

El carácter de sumaria de una prueba dice relación no tanto a su poder demostrativo, sino a la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, por tanto, a la controvertida, es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. De lo cual tiene que seguirse que los testimonios de nudo hecho son siempre extraproceso y que, por lo mismo, para que queden controvertidos y puedan apreciarse necesitan, generalmente, ser ratificadas por el declarante que lo rindió, quien, en otra audiencia, bajo juramento declarará nuevamente, sometiéndole por segunda vez las preguntas y adicionando éstas como el juez y las partes lo deseen, sin leerle ni dejarle leer su declaración anterior.

3º En el caso de este proceso el demandante, fundándose en la facultad que le confiere la ley, en enero de 1979 solicitó al Juzgado Primero Civil del Circuito y le fueron recibidos anticipadamente, entre otros, los testimonios de Luis Alberto Perdomo, Carlos Enrique Zapata y Enrique Aya Torres, de quienes en el escrito petitorio respectivo dijo que son personas "mayores de edad y vecinas de Villavicencio, así:..." El primero "residente en el barrio La Esperanza, Sexta etapa, Sector 20 casa número 1"; el segundo, "Contraloría Municipal de Villavicencio"; y el tercero "residente en el barrio La Esperanza, Sexta etapa, sección 20".

Y afirmó, además, que con citación del respectivo agente del Ministerio Público dichas personas deberían declarar sobre los hechos que enumeró y relató, todos referentes a su presunta calidad de hijo natural de Salomón Ruiz Parrado.

Lo cual permite inferir que el interesado, en su escrito de petición de la prueba anticipada, cumplió con las exigencias legales de la solicitud, pues expresó "el nombre, domicilio y residencia de los testigos"; y enunció "sucintamente el objeto de la prueba", que son los únicos requisitos de forma que el artículo 219, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil exige para que pueda cumplirse el acto de la citación del declarante. Formalidad esta que por

su finalidad específica no puede calificarse de esencial en la producción del testimonio como prueba, desde luego que el testigo, una vez que se ha decretado la recepción, puede concurrir espontáneamente o a solicitud verbal del interesado a rendir la declaración, sin esperar a que le hagan la citación judicial (art. 224).

4º A la demanda con la cual inició este proceso el demandante anexó las declaraciones extraprocesalmente rendidas por dichas tres personas y cinco más, pidiendo tenerlas como prueba y solicitando la ratificación, "sobre los mismos hechos del cuestionario formulado a estos testigos y sobre otros hechos que oralmente el día de la audiencia pública les formularé...".

No expresó el demandante en tal petición, es cierto, el "domicilio y residencia de los testigos", ni enunció "sucintamente el objeto de la prueba", como lo dice el artículo 219, antecitado. Ello no obstante, tal omisión no autoriza afirmar que la solicitud de la prueba es inidónea o informal, pues debe recordarse que se trató de testimonios de nudo hecho acompañados a la demanda, y que en el texto de estos como en la solicitud respectiva esos requisitos de forma aparecen con fulgurante verdad. Ciertamente que implicaría extremar con rigor inaceptable el principio de la formalidad de la prueba, prohiar el argumento del casacionista en este aspecto concreto; con tanto mayor razón no resulta ello posible si se considera, como tiene que considerarse, que los testigos fueron cabalmente citados y concurren en el tiempo y lugar que se les señaló para ratificar sus declaraciones.

5º En verdad que, como lo tienen aceptado la doctrina y la jurisprudencia con apoyo en la ley, *en materia civil toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas oportunamente allegadas al proceso. Y si en principio las partes prueban sus afirmaciones en el término respectivo del proceso, no puede olvidarse sin embargo que estas también tienen legalmente otras oportunidades para hacerlo. Dice en efecto el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil que para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán "solicitar-*

se, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este Código”.

Una de tales oportunidades es, precisamente, la que impone la necesidad de evacuar las decretadas y no practicadas en el término señalado, puesto que el artículo 180, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil, estatuye que “Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso” (se subraya). A más de que esta misma norma en su primera parte, al consagrar la práctica oficiosa de pruebas, ya había dicho tales pruebas puede decretarlas el juez “en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar”, principio que reitera el artículo 404 *ejusdem* para el proceso ordinario de mayor cuantía.

6ª En el presente caso el proceso, en su primera instancia, se abrió a prueba por 40 días por auto de 14 de enero de 1980, en el cual se señalaron las fechas y las horas para practicar la ratificación de los varios testimonios rendidos anticipadamente, así: Enrique Aya Torres, las 2 p.m. del 17 de abril de 1980; Carlos Enrique Zapata las 9 a.m. del 10 de abril de ese mismo año; y Luis Alberto Perdomo las 8 a.m. del 28 de los mismos mes y año.

Ciertamente que, como lo apunta el recurrente, el señalamiento de tales fechas para la recepción de las declaraciones desbordó el límite de los 40 días indicado en el auto que decretó las pruebas, lo que puede explicarse sin mayor esfuerzo por la gran cantidad de testimonios que dentro de este mismo proceso se pidieron, número abundante de pruebas que *per se* le imposibilitaba al juez practicarlas todas dentro del término señalado inicialmente. Con la facultad que le atribuye el artículo 180 citado, ante tal imposibilidad, señaló para ese fin unas audiencias en autos que fueron legalmente notificados a las partes, quienes no los impugnaron sino que, contrariamente, implícitamente consintieron.

7ª Conclusión de lo expuesto es, entonces, la de que el Tribunal de Villavicencio, al atribuir pleno mérito demostrativo a la prueba testimonial solicitada por el demandante, no infringió las normas probatorias que la censura considera quebrantadas, ni, por ende, incurrió en el error de derecho que el casacionista le enrostra.

Se rechaza pues este cargo.

Segundo cargo

1. Mediante este el recurrente acusa la sentencia de segundo grado de ser indirectamente violatoria, también por aplicación indebida, de los mismos preceptos legales sustanciales señalados en el cargo anterior, pero indicando aquí como causa de dicha infracción el error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial que tomó en apoyo de su decisión.

2. En su análisis crítico que a la apreciación de las declaraciones de Carlos Enrique Zapata, Enrique Aya, Héctor Acosta y Luis Alberto Perdomo hizo el *ad quem*, asevera el impugnador que es equivocado su juicio consistente en que con tales testimonios se demuestra la posesión notoria de Uldarico Granados como hijo natural de Salomón Ruiz, por más de cinco años, pues que contrariamente a lo que la sentencia expresa en el punto, “los testigos no afirman en ninguna parte que su conocimiento sobre la posesión notoria del hijo natural se extiende desde 1938 hasta 1960, por lo que no debió darles valor probatorio. El Tribunal atribuyó a los testigos afirmaciones que no han hecho”.

Asevera el casacionista que el primero de los declarantes aquí citados, al rendir su testimonio, en ese punto de tiempo sólo dice que “... fue entre los años 57 a 60 más o menos”; que el segundo dijo que lo por él narrado sucedió “... poco más o menos por ahí en el año 38 a 40”; que el tercero “afirma que su testimonio pudo basarse en términos de tiempo entre los 47 a 53 años, o sea entre 1947 y 1953”; y que el último declarante narra hechos por él percibidos “alrededor del año de 1949, sin precisar en ninguna parte períodos concretos”.

Observa el casacionista que los demás declarantes, o sea Natividad Guevara vda. de Lombana, Flor María vda. de Ladino, Polidoro Aguilera y María Inés Alonso no precisan el tiempo en que hayan ocurrido los hechos sobre los cuales deponen, ni su duración, y cuando lo hacen resultan ser imprecisos y vagos.

3. En su análisis crítico que en general hace, dice el censor que "En relación con el tiempo, el juzgado del conocimiento sostiene en la sentencia de primera instancia que los períodos de tiempo sobre los hechos tendientes a demostrar la posesión notoria del hijo natural corresponden a los años de 1957 a 1960, de 1938 a 1940, de 1947 a 1953, . . . lo que indica que no hubo en primer lugar continuidad en tales hechos y menos que cada período de los estipulados estuviera probado con un conjunto de testimonios de manera irrefragable".

4. Agrega la censura, como un segundo fundamento que le da al error de hecho que denuncia, que de la prueba testifical practicada no se puede inferir la posesión notoria que el Tribunal da por establecida con apoyo en ella, pues "No aparece tampoco el trato entre Salomón y la madre de Uldarico, Alejandrina Granados, de marido y mujer; ni en sus relaciones domésticas ni sociales. Nunca se les vio juntos públicamente, aquí la mujer no recibió ese carácter . . .".

Afirma además el impugnador que "tampoco hay trato entre padre e hijo como tales, . . . ningún testigo declara fehacientemente que Salomón Ruiz Parrado proveyera a su presunto hijo de manera continua, competente para sus gastos y necesidades, sólo informan de gastos irrisorios y esporádicos, gastos estos dables a la naturaleza de los hermanos, amigos, sobrinos, cuñados . . .".

Se considera

1ª De acuerdo con la preceptiva legal pertinente, la posesión notoria del estado civil de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del

domicilio lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. Y para que dicha posesión autorice una declaración judicial de paternidad tiene que haber durado cinco años continuos por lo menos, probada por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezca de un modo irrefragable.

Tres son pues, según doctrina jurisprudencial reiterada, los elementos que tipifican la posesión notoria del estado civil de hijo natural: el trato, la fama y el tiempo, cuya aceptación tiene que darse cuando los testigos citados al proceso para acreditar dicha posesión depongan concretamente sobre los hechos que presenciaron y que permiten deducirla.

2ª A más de otros que concretamente no cita en su sentencia, el juzgador *ad quem* dedujo la posesión notoria de hijo natural de Salomón Ruiz Parrado que atribuyó al demandante, de los siguientes cuatro testimonios:

a) Carlos Enrique Zapata Ortiz quien en su declaración afirmó conocer a Salomón y a Alejandrina, lo mismo que al hijo de estos, desde el año de 1945 por haber sido vecino de ellos, época en que el primero, después de haber llegado a la ciudad de Villavicencio, estableció una "venta de cerveza o cantina"; que el citado Ruiz Parrado visitaba a la mentada Alejandrina con frecuencia, en la casa de ésta "situada en el barrio Gramalote por la calle donde queda hoy el F2"; que Salomón, quien trataba con alguna intimidación al testigo, le manifestó varias veces ser el padre natural de Uldarico Granados; que muy a pesar de que éste era "un joven que se embriagaba mucho", Salomón sin embargo "veía por él para ciertas necesidades que tuviera"; que por su parte Uldarico frecuentemente visitaba a su padre en la cantina de éste y le daba un tratamiento paternal, en el que el primero consentía; que, además, por habérselo contado en varias oportunidades, supo que cuando Uldarico estaba pequeño, Ruiz Parrado "le ayudaba para el estudio"; y que por haberlo presenciado directamente en varias ocasiones en la tienda de Salomón, el testigo supo que éste presentaba ante sus amigos a Uldarico co-

mo hijo suyo. Afirma el deponente que todos los hechos que él narra los percibió "entre los años del 57 al 60 más o menos".

b) Enrique Aya Torres, quien en abril de 1980 afirmó que por haber vivido Alejandrina Granados como inquilina en la casa de los padres del testigo, donde también vivió éste, conoció igualmente treinta años atrás a Solomón Ruiz quien con gran frecuencia visitaba a aquella, lo mismo que a su hijo Uldarico. Dice el deponente que Salomón "llegaba a la casa y siempre le daba a Uldarico que estaba pequeño para los cuadernos, que estaba estudiando, tendría por ahí unos siete años"; que Ruiz Parrado le manifestó al deponente, como también lo hizo con otras personas, que Uldarico era hijo suyo, quien, por su parte, siempre trató a aquel como a su padre; que todo eso lo pudo apreciar durante la época en que Alejandrina vivió en su casa, es decir, "por ahí en el año 38 a 40", cuando Uldarico estudiaba en primaria; que además de darle para comprar los utensilios de estudio, también le suministraba para vestuario; y que después que Alejandrina se salió de la casa del testigo, donde tuvo una pieza en alquiler, el declarante la siguió viendo y la trataba, lo mismo que a Salomón y al hijo de éstos, "inclusive —agrega el declarante— cuando Uldarico estaba trabajando en la Caja Agraria iba conmigo a donde don Salomón... , llegaba y lo saludaba qué hubo papá".

c) Luis Alberto Perdomo, también vecino del municipio de Villavicencio, expresa que conoció a Salomón Ruiz hacia el año de 1945 y a Alejandrina Granados "del año 49 en adelante, cuando ella vivió en la casa de nosotros"; que entonces dichas dos personas se trataban entre sí íntimamente, pues Salomón visitaba a Alejandrina en la casa de ésta; "él le daba platica a la finada Alejandrina y tenían un peladito que tenía por ahí unos cuatro años, ellos vivieron unos seis años con nosotros ahí, entonces el chino creció y lo pusieron a estudiar, de ahí me consta que él le daba para los libros y para ropa y el chino le decía papá"; que, además, Salomón "en varias oportunidades le dio para el arriendo" a Alejandrina; "El llegaba ahí, a veces lo sacaba, le decía, camine hijo y se

iban por allá a pasear, el chino le decía papá, a nosotros nos comentaba la finada, que ese chino era hijo de él".

d) Héctor Acosta, quien en su declaración jurada dice haber sido compañero de estudios en primaria de Uldarico Granados, asevera que por esa razón conoció a Salomón Ruiz; que frecuentemente acompañaba a su condiscípulo a visitar a éste en la cantina que tenía en el pueblo, por lo que siempre vio que los dos, es decir, Salomón y Uldarico, se prodigaban el tratamiento paterno-filial; que ese comportamiento recíproco lo pudo percibir durante el tiempo que estuvieron estudiando la primaria, "por ahí entre los años 47 y 48 a 53 ó 52"; que supo que Salomón ayudaba económicamente a Uldarico, pues le daba "centavos, dulces, cualquier cosa"; que Uldarico le comentaba que cuando algo le faltaba, si la mamá no tenía "iba a donde este señor Salomón a quien le decía papá, a ver si le regalaba para cualquier cosa... Una vez salieron de moda unas camisetas de rayas horizontales, me acuerdo que esa vez a mí me compraron una y él me comentó que le iba a decir al papá, para haber si le podía regalar para una"; que Ruiz Parrado siempre trató públicamente a Uldarico como hijo suyo y en esa calidad lo presentaba a sus amigos, quienes, por su parte, adquirieron conciencia de que ese recíproco comportamiento correspondía a una verdadera relación paterno-filial existente entre ellos; y que mucho tiempo después, "ya estando mayores de edad, ahí sí en reiteradas ocasiones estuvimos en la tienda de don Salomón y entonces Uldarico inclusive le decía 'quihubo viejo' y este señor en una forma cariñosa lo aceptaba, me acuerdo que muchas veces se comentaba con la gente que estaba dentro de la tienda, que le decía por ejemplo a un parroquiano, es más y me figuro que sabía del parentesco de padre e hijo porque le decían 'don Salomón el muchacho sí le sacó la pinta', y él aceptaba eso y decía que sí, que la pinta no se podía negar".

3º Bastaría el compendio que se ha hecho de los anteriores testimonios para advertir, aún prescindiendo de los demás practicados en el proceso, los que también son responsivos, exactos y completos, que sí

queda suficientemente demostrada con ellos la posesión notoria de hijo natural que con relación a Salomón Ruiz Parrado invocó Uldarico Granados, y que, por consiguiente, no existe el error de hecho que en la apreciación de tal prueba el recurrente le enrostra a la sentencia que aquí combate.

Con tanto mayor razón es aceptable la anterior inferencia si se recuerda 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 estos actúan; evaluándolos no uno a uno sino en recíproca compenetración 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 el juicio que en el punto tome el juzgador de instancia no contradice manifiesta u ostensiblemente lo que la prueba testifical indica, que es justamente lo que ocurre en el presente caso, tiene que mantenerse inmutable en casación.*

4º Ningún error de hecho cometió el Tribunal al deducir que la posesión notoria de hijo natural inferida en su fallo tuvo una duración mínima de cinco años continuos, pues no hay contraevidencia en concluir que ese estado de cosas sí tuvo tal prolongación en el tiempo. El testigo Héctor Acosta, por ejemplo, alude al tratamiento y a la fama de la relación paterno-filial de Salomón Ruiz y Uldarico Granados, durante seis años continuos, o sea a partir del año de 1947 y hasta 1952 ó 1953, época en que demandante y testigo hicieron sus estudios primarios; y agrega que aún después, cuando ya Uldarico llegó a su

mayoridad, también continuaron dichos sujetos prodigándose ese trato recíproco. Enrique Torres, al contrario de lo que asevera el recurrente, no limita los hechos sobre los cuales depone a los tres años comprendidos entre 1938 y 1940, sino que agrega que después de tal periodo, en el que Alejandrina y Uldarico vivieron en la misma casa en que vivía el declarante, también continuó el referido trato entre padre e hijo, inclusive "cuando éste estaba trabajando en la Caja Agraria".

Que no aparezca demostrado, como lo asevera la censura, "el trato entre Salomón y la madre de Uldarico, Alejandrina Granados; de marido y mujer, ni en sus relaciones domésticas ni sociales", no es obstáculo legal que impida deducir la posesión notoria de hijo natural de Uldarico en relación con Salomón. Puesto que como lo que está aquí investigándose es la posesión notoria del estado de hijo natural y no la de cónyuge, u otra cualquiera, los testigos deben aludir concreta y específicamente a las relaciones entre padre e hijo, y no a las existentes entre el padre y la madre del demandante.

Este cargo tampoco prospera.

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 dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

PERJUICIOS

Condena y liquidación

La condena al pago de perjuicios que se haga en la sentencia no es circunstancia que haga suponer que se causaron

El abuso del derecho no se da siempre que se pierda el pleito

Regulación del monto del perjuicio moral subjetivo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre veintiocho de mil novecientos ochenta y tres.

Al decidir la Corte el recurso de revisión propuesto por el *Banco Internacional de Colombia* dentro del proceso de *Ejecución Singular* promovido por *Ciro Pabón Núñez* contra el recurrente, lo declaró infundado y condenó al pago de costas y perjuicios a favor de los demandados.

Oportunamente, los beneficiados *Gastón Hernández Aza* y *Ciro Pabón Núñez* presentaron la liquidación de perjuicios y a ella se le dio la tramitación prevista por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. El recurrente se opuso al descender el traslado y como se encuentra agotada la tramitación correspondiente es del caso decidir.

Consideraciones de la Corte

1. El Código de Procedimiento Civil, al sentar algunas reglas relativas a la sentencia de condena y su liquidación, establece que la condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en forma genérica cuando no aparezca demostrada su cuantía, con la recomendación especial para el fallador de que en la misma providencia indique las bases con arreglo a las cuales se ha de efectuar la liquidación.

En armonía con esta previsión legal, quien habiendo obtenido a su favor una

condena de esa índole acuda al trámite indicado por el artículo 308 del Código a formular la liquidación de tal condena, ha de tener en cuenta, de una parte, las bases que el juez haya fijado en la sentencia que reconoció el derecho *in genere* y, de otra, que existe un término preclusivo dentro del cual debe presentar dicha liquidación, so pena de que si no aprovecha esa oportunidad procesal, le sea declarado extinguido el crédito en tal forma reconocido por no haber cumplido con la carga que tenía de establecerlo cuantitativamente.

De igual modo, al desatar el incidente de liquidación, el juez habrá de tener en cuenta que su decisión esté en consonancia con las motivaciones y bases sentadas en la sentencia en la cual se hizo la condena en abstracto, no pudiendo, por tanto, incluir en ella conceptos o renglones no contemplados en el fallo y mucho menos omitidos en el libelo demandatorio.

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala *Gastón Hernández Aza* y *Ciro Pabón Núñez*, en su libelo de liquidación de los perjuicios reconocidos *in genere* en la sentencia de 11 de abril de este año, mediante la cual la Corte decidió el recurso de revisión, dijeron que tales perjuicios son los *morales subjetivos* y, por consiguiente, se acogen tanto a la jurisprudencia de la Corte como a la de la jurisdicción de lo contencioso y lo aplicado en el campo penal, de conformidad con lo cual se viene reconociendo el equivalente actual a mil

gramos de oro, valor este que reclaman para cada uno.

Al motivar dicha liquidación manifestaron que se basaban en las mismas consideraciones consignadas en el fallo de la Corte al desechar los cargos que se les formularon de haber realizado maniobras fraudulentas dentro del proceso de ejecución promovido por Ciro Pabón Núñez contra el Banco Internacional de Colombia. Además invocaron como fundamento la temeridad y mala fe con que actuó el recurrente al promover el recurso extraordinario, pues que no tenía fundamento legal alguno.

3. El recurrente, como ya está dicho, no sólo se opuso al reconocimiento reclamado sino que pidió se declarase extinguida la obligación de conformidad con lo prevenido por los artículos 308 y 384 del Código de Procedimiento Civil.

Al expresar los fundamentos de su oposición observa que no pueden asimilarse la temeridad y mala fe que regula y define el artículo 74 con la previsión del inc. 2º del artículo 384 del Código ritual. En ninguna parte de la sentencia dijo la Corte que el recurrente hubiera obrado temerariamente o de mala fe o a sabiendas de que carecía de fundamento legal. Simplemente arribó a la conclusión de que no hallaba motivo serio para calificar como temerario o de mala fe el proceder del endosatario del cheque, y que, además, no se les dedujo a los demandados responsabilidad con arreglo a lo establecido por los artículos 71 a 74 del Código de Procedimiento Civil. De todo ello dedujo como conclusión la de que no existía prueba de la causal alegada y esa fue la razón para considerar infundado el recurso sin que por lo mismo hubiera descalificado la conducta o proceder del recurrente.

Los reclamantes, continúa el opositor, descartaron la posibilidad de daño material y concretaron su interés al daño moral, el cual ellos mismos consideran muy difícil de avaluar pero le señalan a la Corte pautas que ella nunca ha seguido. El daño moral es una consecuencia eventual, incierta, que debe concretarse y demostrarse, de un daño, por así decirlo, princi-

pal, que no puede ser otro que el ocasionado a un bien de la personalidad y los pretendientes no alegan padecimiento alguno. Sostienen pero no demuestran que el hecho de que se hubiera invocado la causal 6ª de revisión implica acusación contra su patrimonio moral, pero en realidad ningún atentado contra el honor constituyeron las afirmaciones hechas al fundamentar el recurso de revisión. La Corte consideró que Gastón Hernández Aza estaba amparado por la presunción de buena fe y que los hechos probados no alcanzaban a infirmar dicha presunción y, además, que el endosatario-apoderado no estaba obligado a absolver el interrogatorio de parte, de todo lo cual dedujo que no estaba demostrada la causal de revisión invocada.

De otra parte, agrega, la situación de los demandados no es la misma, una es la del titular del crédito y otra muy distinta la del mero mandatario o endosatario al cobro y, por tanto, no podrían recibir el mismo tratamiento.

Con fundamento en las anteriores argumentaciones y luego de referirse a los antecedentes de los llamados perjuicios morales, concluye el opositor: "por cuanto no se lesionó bien alguno de la personalidad de los pretendientes a la indemnización, ni ninguno de ellos puede mostrar y menos demostrar dolor, tristeza o pena, y ninguno de estos sentimientos se presume, ni hay de dónde inferirlo, no cabe la posibilidad de que les prospere el pedimento, menos teniendo presentes íntegros los antecedentes".

4. Ahora bien. Quienes a través de este incidente aspiran a que se determine el monto de los perjuicios sufridos con motivo del recurso de revisión y que concretan a los *morales subjetivos*, no expresan con precisión los fundamentos en que se apoyan. Simplemente dicen que se tengan en la cuenta las mismas consideraciones consignadas en el fallo y la temeridad y mala fe con que actuó el recurrente, como si se basaran al mismo tiempo en las normas del artículo 73 y el inc. 2º del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, las cuales, aun cuando tienen un mismo fundamento, operan de manera diferente.

Los artículos 72 y 73 al referirse a la responsabilidad patrimonial de las partes y los apoderados mandan al fallador imponerles la condena al pago de perjuicios "cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba" de que obraron con temeridad o mala fe, es decir, cuando se hallen en el proceso elementos de juicio que permitan deducir temeridad y mala fe. En cambio, en el inciso final del artículo 384 se le ordena al Juez imponer al recurrente la obligación de indemnizar perjuicios por el solo hecho de que se declare infundado el recurso, a la manera como sucede en los casos de levantamiento del embargo y secuestro contemplados por el artículo 687 del mismo ordenamiento.

Desde luego, sea que se trate de aplicar el artículo 73 del Código o bien el inc. final del artículo 384, aun cuando en ambos la fuente se halle en el abuso del derecho, además de que debe ser clara la fundamentación, es necesario que obren elementos de prueba de los cuales se infiera, sin lugar a dudas, que se causaron perjuicios y, naturalmente, esa carga de probar el daño en sí y su valor corresponden a la pretendida víctima.

5. El perjuicio moral, anota Renato Scognamiglio en su obra *El daño moral* pág. 37, traducción Externado de Colombia 1962, se refiere propiamente a la esfera psíquica del sujeto; es decir, al complejo de sus sentimientos, afectos, etc. en los casos en que resulten lesionados con una infracción. Se identifica con los dolores, las turbaciones psíquicas, etc. que derivan del quebranto padecido.

Alessandri Rodríguez, siguiendo en ello a los Hermanos Mazeaud y también la jurisprudencia chilena, precisa que el daño moral es el que proviene de toda clase de acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana; en último término, todo aquello que signifique un menoscabo de los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie, agrega el autor, el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cica-

triz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su raptó o violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure molestia, dolor o sufrimiento físico o moral (*De la responsabilidad extracontractual en Derecho Civil Chileno*, No. 145).

6. Si teniendo en cuenta los anteriores criterios doctrinarios y también la jurisprudencia de la Corte (G. J. LI, pág. 434 y CLVIII, pág. 249) se vuelve sobre el caso de la liquidación presentada por Gastón Hernández Aza y Ciro Pabón Núñez, se verá cómo éstos, ni durante la tramitación del recurso ni en esta oportunidad demostraron haber sufrido lesión en sus facultades espirituales, afectivas o condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, por el hecho de haber tenido que afrontar el recurso de revisión intentado por el Banco Internacional de Colombia. Si se lee con detenimiento la demanda de revisión se observará cómo en ella no se consignan expresiones o afirmaciones que puedan considerarse con entidad suficiente como para causar perjuicios morales. Tampoco durante el trámite del recurso se aportaron elementos de juicio en tal sentido ni en la sentencia dentro de la cual se produjo la condena *in genere* se descalificó la conducta del recurrente. Sólo que *la Corte, al no encontrar acreditados los supuestos de la causal sexta de revisión, declaró infundado el recurso y, al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 384, profirió la condena al pago de perjuicios, sin que esta circunstancia haga suponer que se causaron.*

Por lo demás, así el fundamento de tal mandato lo constituya el abuso del derecho, no ha de perderse de vista que este no se da siempre que se pierda el pleito o recurso porque podía haber causa para iniciarlo. "Se requiere, como lo enseña la doctrina, el uso anormal, ma'intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituales para el

reconocimiento y la efectividad o la defensa de los derechos" (Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, pág. 281 Segunda Edición).

7. Dejando de lado las consideraciones que se han hecho respecto de la ausencia de elementos probatorios que permitan inferir la existencia del daño y concretando el examen a la forma como los beneficiarios pretenden se les cuantifique la condena, es del caso observar cómo en la petición invocaron antecedentes jurisprudenciales que la Corte no comparte y reclaman la aplicación de normas que se consideran inaplicables.

En efecto, dicen los demandados que reclaman para cada uno una suma equivalente al valor actual de mil gramos de oro, tal como opera en el campo penal y lo acoge la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, sin reparar que la Corte no ha compartido la posición del Consejo de Estado y que reiteradamente ha dicho que en tratándose del perjuicio moral subjetivo los jueces civiles no están atados a las normas específicas del Código Penal.

En auto del 4 de agosto de 1981, la Corte hizo sobre el punto las siguientes precisiones:

"a) No encuentra la Corte aplicables a este caso los artículos 106 y 107 del Código Penal, pues ellos sólo se refieren a indemnizaciones que tienen origen exclusivo en violación de la ley penal; también porque tales disposiciones no regían, para cuando los hechos demandados ocurrieron, y, finalmente, porque harían más gravosa la situación de la sociedad demandada ahora, con lo cual se infringiría el principio de favorabilidad que está instituido sólo en provecho del reo.

"b) *En la especie de esta litis, la Corte no puede prohiar en punto de bases para regular el daño moral, la tesis acogida últimamente por el honorable Consejo de Estado, porque teniendo como piso fundamental el precio del gramo de oro, resulta evidente que por las frecuentes, desmedidas y sorpresivas fluctuaciones de su valor,*

las indemnizaciones resultan ser mayores o menores, según el preciso de ese metal, lo que nada tiene que ver con la intensidad del daño.

"Teniendo, pues, muy presente que el precio del oro no guarda simetría con el valor adquisitivo del peso colombiano; que las fuertes alzas y bajas del valor de aquel no guardan correspondencia con el continuo decrecimiento de nuestra moneda, el patrón oro no resulta base segura para estimar el pretium doloris.

"c) *La Corte, entonces, para la satisfacción del daño moral, no proveniente de infracción de la ley penal o de casos expresamente considerados en el Código de Comercio o en otras leyes, reafirma su tesis de que para regular el monto de cualquier perjuicio moral subjetivo, los jueces civiles no están ligados por lo que disponía el artículo 95 del Código Penal, ni por lo que ahora dispone en sus artículos 106 y 107; el monto de ese daño moral, por ser inconmensurable, no puede ser materia de regulación pericial, sino del arbitrium iudicis; que aunque el daño moral subjetivo no puede ser totalmente reparado, sí pueden darse algunas satisfacciones equivalentes para hacer más llevadero el padecimiento sufrido". (Liquidación Conrado Vargas y otro frente a Cementos Caldas S. A.).*

8. Las consideraciones que preceden constituyen motivación suficiente de la conclusión de que, como ni del examen de la demanda introductoria del recurso de revisión, ni tampoco por la forma como se tramitó y decidió puede inferirse causación de daño, resulta improcedente la fijación de suma alguna a título de perjuicios morales. Ya está dicho y se repite, no necesariamente la improsperidad del recurso de revisión genera daño moral. Siendo ello así, como en realidad lo es, lo conducente es declarar extinguida la obligación reconocida *in genere* tal como lo previene el inc. 4º del artículo 308 del Código. Naturalmente, las costas del incidente serán de cargo de sus promotores (art. 392-1, C. de P. C.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, por su Sala de Casación Civil, *declara extinguida* la obligación indemnizatoria reconocida *in genere* en la sentencia de 11 de abril de este año, proferida al resolver el recurso de *revisión* propuesto por el *Banco Internacional de Colombia*.

Costas a cargo de quienes promovieron el incidente.

Cópiese y notifíquese.

Horacio Montoya Gil, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

R E C U R S O S

Clasificación

El de súplica y el de reposición

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

1. Por auto de 11 de octubre pasado la Corte, por intermedio del Magistrado Ponente en este negocio, al estimar que la recurrente no dirigió su libelo contra el *Banco Industrial del Perú*, que como acreedor hipotecario también fue parte en *proceso ejecutivo* en el que se dictó la sentencia que aquí se combate extraordinariamente, declaró *“inadmisible”* la demanda de *revisión* presentada por *Inversiones Navales S. A.* dentro de este proceso de ejecución promovido por la *Compañía Pesquera Vikingos de Colombia S. A.* contra la sociedad *Acapulco Princes Shipping Co. S. A.*; y, además, impuso a la recurrente una multa de \$ 2.000.00.

2. Contra dicho auto la sociedad revisorista interpone recurso de *reposición*, para que el proveído por ella censurado “sea revocado y en su lugar se admita la demanda”. En subsidio del anterior y con el mismo fin, esa parte interpuso el recurso de súplica.

Para fundamentar sus pretensiones principal y subsidiaria, la reposicionista y suplicante alega como razones las que, en suma, se traducen en afirmar que en su demanda revisoria, al relatar los hechos constitutivos de su *causa petendi*, sí aludió expresamente a la citación que, en el proceso ejecutivo, se le hizo al Banco Industrial del Perú y a la presentación de esta entidad en dicha ejecución para el cobro de su crédito, por lo que, dice, sí se

cumplió con el requisito formal que la Corte echó de menos.

3. Por su parte la sociedad recurrida “Pesquera Vikingos de Colombia S. A.”, también interpuso contra dicho auto del 11 de octubre el recurso de súplica, pero esta en forma directa, a fin de que dicho proveído se modifique en el sentido de *“declarar desierto el recurso extrarordinario”*, puesto que, dice, tal es el pronunciamiento que corresponde según el precepto contenido en el artículo 4º de la Ley 22 de 1977.

4. Al estudiar la reposición propuesta como recurso principal, el honorable Magistrado ponente lo rechazó mediante auto proferido el 25 de ese mismo mes de octubre.

Entonces ese reposicionista le pidió que “se sirva conceder el recurso de súplica que, con expresión de las razones en que se funda, interpuso, como subsidiario del de reposición”, por lo que la Secretaría remitió el expediente a este Despacho para el estudio de las súplicas propuestas.

Para decidir lo pertinente, la Sala formula las siguientes

Consideraciones:

A) Recurso de la entidad demandante

1. *Como una especie o faceta del derecho de impugnación en general se consagran los recursos, entendidos estos como la facultad legal que asiste a los litigantes para censurar o combatir una resolución judicial desfavorable, buscando así que la providencia impugnada se depure de los vicios o desviaciones jurídicas en que se haya incurrido al proferirla.*

2. Si bien es verdad que la clasificación de los recursos no es uniforme en la doctrina universal, es lo cierto que la regulación de estos sí la hace la ley positiva en todos los países. En el sistema colombiano, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil contempla siete clases de recursos: reposición, súplica, apelación, queja, casación, revisión y anulación de laudos arbitrales, los que a su vez se han clasificado en diversas formas. Se habla, en efecto, de recursos que se pueden interponer en forma principal o accesoria, como el de apelación; y de recursos que necesariamente son subsidiarios, pues sólo si se desestima el principal ellos son procedentes, por ejemplo, el de queja.

En verdad que la división de los recursos en principales y subsidiarios es una de las que con mayor uniformidad acoge la doctrina universal. Y dice que son de la primera clase los que pretenden directamente un nuevo examen, total o parcial, por el mismo o distinto tribunal, de una resolución; y que pertenecen a la segunda especie los que se proponen para que su estudio se haga sólo en el evento de que se desestime el principal. En los subsidiarios se procura indirectamente abrir la posibilidad de un nuevo examen de la decisión que fue negado directamente.

Desde este punto de vista, en el sistema legal colombiano todos los recursos tienen carácter principal, desde luego que persiguen su consideración y resolución con independencia de otros, salvo los casos de la apelación, que es principal cuando se formula directamente y subsidiario cuando se propone para el supuesto de que la reposición se deniegue; y de la queja, que sólo procede cuando se deniega la reposición del auto que negó la concesión de la apelación o la casación.

3. Cuando un proceso llega a una Corporación, el Magistrado Ponente tiene la obligación de dictar los autos de trámite e interlocutorios necesarios para colocar el negocio en estado de ser decidido mediante sentencia, que entonces profiere el juez colectivo. Puede ocurrir, y frecuentemente así sucede, que en ese trámite el Magistrado ponente dicte un auto que, de

haber sido proferido en primera instancia, sería susceptible del recurso de apelación. Si tal auto hubiese sido dictado por ese magistrado como juez único y en primera instancia, y dado que por su contenido es apelable, el recurso que procede es el de súplica, el cual debe interponerse, lo mismo que el de reposición, dentro de los tres días siguientes a la notificación y en escrito en el cual se expresen "las razones en que se funda".

La regulación positiva que del recurso de súplica contienen los artículos 363 y 364 del Código de Procedimiento Civil, permite afirmar pues que procede directamente y en forma principal contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente, de un Tribunal Superior o de la Corte, "en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto"; o sea, que la súplica equivale al recurso de reposición ante el juez único y lo sustituye ante el juez plural. Pero de todas maneras, según se infiere de las normas legales que los gobiernan, la reposición y la súplica son recursos autónomos, independientes el uno del otro y que cada uno tiene su aplicación en la respectiva oportunidad procesal.

4. De todo lo cual resulta que es contrario a la técnica procesal, como ocurre en el caso que aquí se estudia relativamente a la súplica propuesta por la recurrente en revisión, combatir la misma providencia judicial valiéndose simultáneamente de dos recursos que, si bien diferentes por el juez llamado a decidirlos, no lo son sin embargo ni por sus contenidos, estructura y finalidad jurídica; porque si la súplica, como ya está dicho, equivale a la reposición y la sustituye en determinadas circunstancias, la autonomía e independencia existente entre los dos recursos impide que, so pretexto de atribuir a aquel un carácter subsidiario de este, que legalmente no tiene pues la ley no se lo da, se pretenda que sucesivamente se reconsidere, por un juez singular y otro plural, la misma resolución. Sería tanto como aceptar, lo que no es posible por impedirlo elementales principios del derecho procesal, que frente

a esa resolución judicial se pudiese proponer dos veces el recurso de reposición.

No es pues procedente, a juicio de la Sala, la súplica cuando este recurso se somete a la condición de que no prospere el de reposición, puesto que la competencia funcional, como toda competencia, exige certeza, salvo cuando se propone la apelación en subsidio de la reposición, es decir in eventum o ad cautelam de que no prospere un remedio principal.

5. Como en el caso presente la entidad recurrente en revisión propuso simultáneamente la reposición y la súplica contra el mismo auto, aunque esta como subsidiaria de aquella; y como el recurso deducido como principal fue denegado, tiene que seguirse que el invocado como accesorio debe correr la misma suerte por resultar, por la forma y oportunidad de proponerlo, contrario a la preceptiva legal pertinente.

B) La súplica de la entidad recurrida

1. Como ya se dijo, con dicho recurso esta parte pretende que el auto censurado se modifique en el sentido de que, a cambio de la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda revisoria contenida en él, se declare "desierto el recurso extraordinario", puesto que, dice la censura, tal es el pronunciamiento que corresponde según lo imperado por el artículo 4º de la Ley 22 de 1977.

2. Pero sí puede ser cierto que, desde el punto de vista de sus efectos, en rigor de verdad es posible establecer diferencia entre la declaratoria de inadmisibilidad de una demanda de revisión y la de deserción de este recurso extraordinario, es evidente que por no existir en el caso presente una relación de semejanza entre el supuesto concreto deducido en el auto impugnado y el hipotetizado por el precitado artículo 4º de la Ley 22 de 1977, no es aplicable la solución prevista por esta norma legal.

Como se lee en las motivaciones del auto impugnado hoy, la inadmisibilidad de la demanda revisoria se fundó en que la demanda respectiva no se dirigió contra to-

das las personas que fueron parte en el proceso en el que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende, y más concretamente contra el Banco Industrial del Perú, que también fue parte en el proceso ejecutivo al acudir a él en procura de hacer efectivo un crédito hipotecario existente a su favor. No se rechazó la demanda, como parece entenderlo la parte recurrida, porque el recurrente no hubiera suministrado oportunamente las expensas necesarias para la ejecución provisional del fallo, sino, se repite, por la razón primeramente indicada, y ya que con relación a ese otro aspecto el señor magistrado ponente dijo que "no se podría imputar a quien formuló el recurso toda la demora en el suministro de lo indispensable para la expedición de las referidas copias, como que en ella incidió un error al cual fue ajeno...".

3. Si, pues la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda de revisión, contenida en el auto hoy atacado, se apoyó en que dicho libelo no se dirigió, o no señaló como demandado a quien en el proceso ejecutivo en que se dictó la sentencia también actuó como parte acreedora, el Banco Industrial del Perú, la disposición que el auto impugnado trae en su parte resolutive es la que se aviene a lo prescrito por la ley.

Dice en efecto el artículo 382 del Código de Procedimiento Civil que la demanda con la cual se interpone el recurso de revisión debe contener entre otros requisitos, "el nombre y domicilio de las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia, para que con ellas se siga el procedimiento de revisión"; y agrega el artículo 383 *ibidem*, que la demanda de revisión, entre otros supuestos, "Se declarará inadmisibile cuando... no esté dirigida contra todas las personas que deben intervenir en el recurso..." (subraya la Sala).

4. Esta súplica resulta pues infundada.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve:

1º Se *rechaza*, por ser legalmente *improcedente* según la forma en que fue propuesta, la súplica pedida por la entidad recurrente en revisión para el auto de once (11) de octubre pasado, proferido en este proceso por el honorable magistrado ponente; y,

2º Se *deniega*, por carecer de fundamento legal, la súplica que para ese mismo au-

to solicita la "Compañía Pesquera Vikingos de Colombia S. A."

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

José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

CARTA DE CREDITO

El principio de la literalidad tiene que regir en su integridad a todo lo que en ese documento se expresa

C A S A C I O N

Violación ley sustancial

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de agosto de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Camilo Emilio Andrade frente al Banco Nacional.

I

El litigio

1. Mediante libelo de 30 de abril de 1980, que fue repartido el 2 de mayo siguiente al Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, el citado Carlos Emilio demandó al Banco Nacional, establecimiento bancario domiciliado principalmente en esta ciudad capital, de cuyos negocios, bienes y haberes tomó posesión la Superintendencia Bancaria mediante Resolución No. 3259 de 25 de junio de 1982, representado hoy por el Agente Especial de esta institución Hernán Santacruz Guerrero, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la entidad demandada debe pagar al demandante, a título de indemnización de perjuicios materiales y morales,

las cantidades que se demuestren en el proceso, "las cuales deben incluir también las sumas que pagó el demandante por comisiones, impuesto de timbre y portes" al citado Banco, por la apertura de la carta de crédito No. 5.792 de 2 de agosto de 1979, lo mismo que todas las sumas que aquel debió cancelar a los Bancos Industrial Colombiano y Bogotá, y a terceros, para poder pagar el precio de 600 toneladas de trigo que dicho Instituto le vendió; y

b) Que igualmente se condene al Banco demandado al pago de las costas procesales.

En subsidio de la primera de dichas dos súplicas, el demandante solicitó que su demandado fuese condenado a pagarle "a título de indemnización de perjuicios, por el no pago de la carta de crédito identificada a favor de IDEMA", la cantidad que se demuestre procesalmente. Y en subsidio de esta pretensión subsidiaria, deprecó para el Banco demandado la condena a pagar a su demandante "las cantidades que éste pagó al citado establecimiento bancario para la apertura de la carta de crédito" referida.

2. Los hechos que el demandante invocó como *causa petendi* de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) Que Carlos Emilio Andrade, como propietario del "Molino El Panificador", luego de haber recibido del Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA" el ofi-

cio No. 26396 de 25 de julio de 1979, compró a esta Institución 600 toneladas de trigo importado, "correspondientes a la venta del mes de julio, las cuales serán entregadas en el Puerto de Santa Marta a razón de \$ 11.660.00 tonelada sin empaque...";

b) Que el vendedor exigió que el pago de la mercancía debería efectuarse "de contado o mediante carta de crédito irrevocable y confirmada a favor de IDEMA, con vencimiento de 60 días a partir de la fecha de la apertura más intereses del 24% anual, pagados por adelantado o del 27% anual al vencimiento y liquidados sobre 30 días, con plazo para su presentación siete días hábiles contados a partir de la fecha" de la comunicación referida;

c) Que por causa del aludido contrato de compraventa Carlos Emilio Andrade recurrió al Banco Nacional, oficina del "Siete de Agosto" de Bogotá, con el fin de solicitar y obtener, como efectivamente obtuvo, la apertura de la carta de crédito irrevocable No. 5792, del 2 de agosto de 1979, a favor del Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA", por la cantidad de \$7.153.410.00, con vencimiento del 2 de noviembre de ese mismo año y para pagar en Bogotá;

d) Que en el correspondiente documento se pactó que el pago de la aludida carta de crédito se "efectuará el 2 de octubre de 1979 en la Oficina Principal Departamento de Cartera"; "se permitían embarques parciales", y además, que "la mercancía que amparaba dicha carta de crédito sería pignorada a favor del Banco Nacional, en 'Almabanco'...";

e) Que mediante dos cartas de enmienda, fechadas el 28 de septiembre y el 30 de octubre del mismo año de 1979, previas las pertinentes modificaciones contractuales, el Banco Nacional comunicó a "IDEMA" que ampliaba la vigencia de la carta de crédito hasta el 2 de noviembre siguiente, en la primera, y hasta el 2 de diciembre del mismo año, en la segunda;

f) Que el aquí demandante, quien fue el ordenante de la carta de crédito a su propio nombre y como dueño del "Molino El Panificador", pagó oportunamente la comisión por la apertura del crédito docu-

mentario, el impuesto de timbre y aún el valor de los portes, "como si el Banco hubiera enviado por correo dicho documento", todo por un valor de \$ 214.904.00;

g) Que el Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA", como beneficiario de la carta de crédito, la endosó "por valor al cobro" a favor de la Corporación Financiera de la Sabana S. A., entidad esta que hizo lo propio al Banco Nacional el 28 de septiembre, "para que produzcan cheque de gerencia a nuestro favor";

h) Que el 6 de diciembre del mismo año el Banco Nacional, a donde se había presentado para su pago la carta de crédito el 29 de noviembre anterior, a través del Jefe de Cartera devolvió dicho documento a la Corporación Financiera de la Sabana S. A., sin efectuar su pago, "por no cumplir con los requisitos exigidos en la misma...";

i) Que el 7 de diciembre la Corporación Financiera, "levantó el endoso a favor del Banco Nacional, porque éste no había hecho honor a su obligación... no hizo honor a su palabra de banquero, adoptó una conducta que no se ciñe a las normas legales ni a las costumbres comercial y bancaria"; y,

j) Que Carlos Emilio Andrade, como ordenante de la carta impagada por el Banco Nacional, se vio obligado a obtener créditos bancarios por la cantidad de \$7.153.410.00 para cumplir su obligación con "IDEMA", quien sólo "así pudo recibir el pago total, en cheque de gerencia No. 1900539 el 7 de diciembre que incluye los intereses".

3. En su oportuna contestación a la demanda la entidad demandada se opuso a las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos, aceptó la apertura de la carta de crédito pero negó el incumplimiento contractual que se le enrostró. Afirmó que no canceló el valor de dicho documento por cuanto su ordenante no cumplió las condiciones pactadas, concretamente la obligación de pignorar a favor del Banco Nacional "la mercancía que ampara la presente carta".

En esa misma oportunidad el Banco demandado propuso, como de mérito, las

excepciones que denominó "Incumplimiento de las obligaciones del ordenante" y "Falta de legitimación del pretendido beneficiario de la carta de crédito".

4. 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 8 de marzo de 1982, mediante la cual, luego de desechar las dos excepciones propuestas, declaró que el Banco Nacional incumplió el contrato por el ajustado con Carlos Emilio Andrade al no cancelar a su beneficiario la carta de crédito sobredicha; lo condenó, en consecuencia, a pagar a su demandante los perjuicios materiales a él causados con el apuntado incumplimiento, los que ordenó liquidar; denegó la condecoraciónuplicada por perjuicios morales; y, finalmente, impuso a la entidad demandada las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por el banco demandado contra esa providencia el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, luego de rituado el trámite del grado, profirió su fallo de 13 de agosto de 1982, mediante el cual infirmó en su integridad el apelado y en su lugar denegó todas las pretensiones del demandante, a quien impuso las costas causadas en las dos instancias del proceso.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Luego de precisar como de *responsabilidad civil por culpa contractual* la pretensión principal deducida en la demanda, concretamente la que incumbe al Banco demandado por el no pago de una carta de crédito establecida a favor de "IDEMA", por solicitud que le hiciera el demandante, en el proemio de las consideraciones de su fallo dice el Tribunal que tal acción, para su prosperidad, reclama la concurrencia y demostración de los siguientes cuatro presupuestos, a saber: a) que la obligación haya surgido a la vida jurídica válidamente; b) que su incumplimiento sea imputable al deudor; c) que el acreedor

haya sufrido perjuicio a consecuencia de dicho incumplimiento; y d) que el deudor, en principio, esté constituido en mora.

Estima el sentenciador *ad quem*, y así lo afirma en su fallo, que en el caso presente es indiscutible que el Banco Nacional estableció la carta de crédito No. 5792 de 2 de agosto de 1979, a favor de "IDEMA" y por cuenta del demandante, que debía cumplirse en Bogotá a los 60 días de la fecha de la apertura, en la que se expresó que "No es transferible ni endosable"; y, además, se consignaron en su cuerpo como condiciones especiales las siguientes: "*Embarques parciales son permitidos. La fecha de la cuenta de cobro no debe ser anterior a la fecha de la presente carta de crédito. La mercancía que ampara la presente carta de crédito será pignorada a favor del Banco Nacional en 'Almabanco'*".

2. Y después de transcribir en su sentencia las cláusulas relevantes de dicho documento, el Tribunal de Bogotá da por sentado que mediante él el demandado se comprometió a pagar a "IDEMA", la cantidad de dinero expresada en él y por cuenta de Carlos Emilio Andrade. Asevera, con cita de los artículos 1403 a 1412 del Código de Comercio, que el compromiso adquirido por el Banco Nacional fue "no sólo personal y directo sino definitivo", del cual, dice, "no podía relevarse ni aún a petición del mismo Andrade Galindo, si el Instituto de Mercadeo Agropecuario utilizaba el crédito dentro del plazo y en las condiciones señaladas en la carta".

Observa el sentenciador, de otra parte, que una vez presentada la carta de crédito para su pago, el Banco, según lo expresó en misiva de 6 de diciembre de ese año, dirigida a la Corporación Financiera de la Sabana S. A., no la pagó "por no cumplir con los requisitos exigidos en la misma", explicando su negativa, como lo infiere de la demanda y su contestación, lo mismo que de las misivas de 13 de enero de 1979, 3 y 16 de enero del año siguiente, dirigidas por el demandante al Vicepresidente del Banco, la primera, y por el Banco Nacional a Carlos Emilio Andrade y a la Superintendencia Bancaria, las dos últimas, en que el ordenador de la carta, Andrade Galindo, "no había pignorado la mercancía que am-

paraba la carta de crédito en los términos descritos en ella”.

3. Pasa en seguida el *ad quem* a estudiar, con apoyo en principios legales y doctrinarios que al punto cita, la naturaleza jurídica y la estructura de la carta de crédito, en la cual dice que se presenta “una relación sustancial tripartita. De una parte, —explica—, la que surge entre el ordenante y el beneficiario, ligados entre sí generalmente por un *contrato de compraventa*. Otra, la que emerge entre ordenante y emisor, relación literalmente determinada por las condiciones plasmadas en la carta de crédito. Y, una tercera, la que se cumple entre emisor y el beneficiario, también reglada por las formas de la carta, particularmente en todo lo que atañe con la presentación de un cierto número de documentos”.

Añade que la convergencia de estas tres relaciones en la carta de crédito hace que esta sea un negocio jurídico complejo, “en el que intervienen varios contratos diversos, considerados individualmente, pero, como lo dice la doctrina, ‘unidos entre sí por una idéntica finalidad económica’. Naturaleza de la cual las relaciones nacidas de la carta de crédito son ‘autónomas e independientes unas de otras’, aunque ligadas por el fin concreto de esta, esto es, perfeccionando un contrato mediante la intervención de un banco que ‘asume la responsabilidad de pago frente al acreedor’”.

Cardinal conclusión de esta parte de su análisis jurídico es, para el Tribunal de Bogotá, la de que las relaciones que se forman con la carta de crédito “tienen cierta interdependencia en el sentido de que ninguna de ellas ‘es concebible’ sin la presencia de las otras, las cuales conservan, no obstante, su ‘entidad formal y su propio tratamiento legal’. Por eso la autonomía en concreto —añade la sentencia— lejos de ser absoluta es relativa, y consecuentemente el incumplimiento de la carta de crédito, particularmente en relación con sus consecuencias y el pago de perjuicios, debe analizarse, en algunos casos, con respecto integral de todas las obligaciones asumidas por las partes”.

4. Asentados por él los anteriores postulados, acomete en seguida el fallador de segundo grado el análisis del caso concreto que constituye la materia de este litigio.

Observa al punto que la obligación de pignorar a favor del Banco Nacional la mercancía amparada por la carta de crédito, “es ajena al Instituto de Mercadeo Agropecuario, el beneficiario de ella”; y que tal deber “es consecuencia inmediata” del negocio concertado entre los ordenantes de dicho documento —Andrade Galindo y/o Molinos El Panificador—, por una parte, y el emisor de la carta, por la otra, que lo fue el Banco Nacional, que “naturalmente se explica a través del pertinente informe de gerencia de la operación, no cuestionada en el proceso, y de la literalidad de la carta de crédito”. Estima el sentenciador que con la pignorción acordada el Banco emisor de la carta pretendía obtener garantía del pago del crédito; y que ese contrato de crédito realizado entre los ordenantes y el emisor, “extraño al giro normal del crédito documentario, que no forma parte de él, es, por la misma razón, intrascendente e inoponible al beneficiario”.

5. Y tras precisar que en el caso *sub judice* no es “IDEMA”, el beneficiario de la carta de crédito, sino Carlos Emilio Andrade, su ordenador, quien reclama el resarcimiento de perjuicios por el incumplimiento del Banco Nacional; estima el *ad quem* que “dicha posición contractual y pretensional impone analizar las relaciones de este con el Banco Nacional, en orden a establecer las obligaciones inherentes al vínculo jurídico que los une, dentro del cual de ninguna manera Carlos Emilio Andrade es acreedor del Banco Nacional, relativamente al pago de la carta”.

Considera, al efecto, que como Carlos Emilio es ordenador y no beneficiario de la carta de crédito, “la falta de pago del Banco Nacional necesariamente no implica el resarcimiento de perjuicios a favor de Carlos Emilio Andrade, a través de las relaciones entre emisor y beneficiario, sino en cuanto se fijen las existentes entre éste y el Banco”, ya que, agrega la sentencia, las relaciones entre Andrade y el Ban-

co "se vinculan, en efecto, a la idea general del mandato comercial, en virtud del cual el Banco adquiere como mandatario la obligación de realizar una o más operaciones mercantiles, por cuenta y riesgo del mandante".

6. A continuación procede el Tribunal a precisar las obligaciones que del contrato de crédito documentario emergen para el emisor y para el ordenante: entre las de aquel cita el establecimiento de la carta de crédito a favor del beneficiario, la verificación del cumplimiento de las obligaciones de éste y el pago del valor del crédito; y entre las prestaciones del segundo, enlista el pago de las comisiones, intereses y gastos que ocasione la apertura de la carta, y la de "formalizar, cuando así lo exija el Banco, las garantías que habrán de respaldar la operación".

Y dando por establecido que, como lo aceptan las partes, el Banco Nacional no pagó el valor del crédito contenido en la carta, asevera que tampoco Carlos Emilio cumplió con uno de sus deberes, pues que "no pignoró la mercancía amparada por ella". Apoya esta conclusión suya el Tribunal en el contenido de la carta de 13 de diciembre de 1979, dirigida por el aquí demandante al Vicepresidente del Banco Nacional y en el interrogatorio que aquel absolvió el 7 de marzo de 1981, documentos en los cuales el fallador encuentra que Andrade "admite que el día 16 de octubre de 1979 había recibido 220 toneladas aproximadamente de trigo, de las 600 compradas, a las cuales sumó para el 19 de noviembre de 1979, la cantidad de 358.760 kilos, recibidos parcialmente y en su orden los días 29 de octubre, 12 y 19 de noviembre de ese mismo año; cantidades que no pignoró en aquellas oportunidades o posteriormente, antes del 2 de diciembre de ese año, data de vigencia final de la carta de crédito".

7. Observa en seguida el fallador de segundo grado que si bien Andrade Galindo, tanto en la carta como en el interrogatorio referidos, dio como causa justificativa de la no pignoración de la mercancía, su afirmación de que había sido autorizado por Arturo Mujica Neira, funcionario del Banco Nacional, "a sustituir esa obliga-

ción por la pignoración de una suma de dinero consignada en una cuenta de ahorros que hubo de abrir en las oficinas de la entidad bancaria, la que incrementó posteriormente" a la cantidad de \$ 2.500.000.00, tal sustitución no la encuentra sin embargo demostrada en el proceso.

En apoyo de esta deducción cita el Tribunal la declaración jurada del citado Arturo Mujica Neira, rendida el 19 de enero de 1982, en la que, al decir del sentenciador, el testigo "no acepta que llegó a un acuerdo formal con Carlos Emilio Andrade, sobre la sustitución de la prenda sobre las mercancías por otra". Transcribe la parte de este testimonio, en la que su autor dice que "El señor Andrade preguntó verbalmente sobre la posibilidad que habría de depositar en el Banco el valor correspondiente a esa mercancía, a lo cual le manifesté que consignando en el Banco ese valor y permaneciendo durante el tiempo necesario como una garantía en reemplazo del trigo le manifesté la viabilidad de la operación, hecho que no cumplió, pues jamás 'los saldos correspondientes a esta cuenta de ahorros mantuvo los fondos o saldos equivalentes al valor de la mercancía'".

Como razón corroborativa de la conclusión a que en este punto llega, expresa el Tribunal que según la fotocopia de la cuenta No. 14-A-726, abierta por Andrade Galindo en la Sección de Ahorros del Banco Nacional en septiembre de 1979, y según también el dictamen de los peritos Marta Lyda de Espitia y Mario Alvarez Sarasty, tal cuenta sólo llegó en noviembre de ese año a la suma de \$ 2.054.627.00, "saldo que —añade el *ad quem*— no aparece pignorado en el Banco Nacional".

Y agrega, a intento de reforzar su aserción anterior, que la carta de 4 de octubre de 1979, dirigida por Andrade Galindo al Banco Nacional y que en fotocopia aquel acompañó al proceso, en la cual autorizaba la pignoración de su cuenta de ahorros No. 14-A-726, "no tiene sello de recibo".

8. Después de recordar que es característica de la carta de crédito su literalidad, asevera que en el presente caso no aparece que Andrade Galindo y el Banco Nacional

hubiesen modificado por escrito los términos de la carta de crédito, relativamente a la obligación que aquel tenía de pignorar a favor de éste la mercancía amparada por ella, circunstancia que, añade el Tribunal, "aunada a las anteriores, analizadas atrás, reiteran el incumplimiento culpable de Carlos Emilio Andrade Galindo de las prestaciones surgidas en la carta de crédito, las cuales se explican como un contrato subyacente al crédito documentario mismo, dado que desde un comienzo Carlos Emilio no tenía provisión suficiente de fondos para garantizarle al Banco el pago de la carta de crédito".

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 demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente le formula tres cargos: el primero y el tercero por violación directa de la ley sustancial, y el segundo por quebranto indirecto de esta.

Por cuanto aquellos dos vienen sustentados en fundamentos sustancialmente parecidos, la Corte procede a examinarlos y despacharlos en conjunto; y se encaminará luego, en el evento de la improsperidad de los anteriores, a analizar el restante, o sea el que acusa violación indirecta.

Cargo primero

1. Mediante este se acusa el ameritado fallo de infringir directamente, por interpretación errónea, los artículos 1408, 1409, 1410, 1412, 1415, 1262 y 1287 del Código de Comercio; y los textos 822, 864, 865, 871 y 1308 *ibidem*, 63, 1602, 1603, 1604, 1608, 1614, 1615, 1616, 1617 del Código Civil, todos estos por inaplicación.

2. En desenvolvimiento del cargo el casacionista, luego de detenerse en el análisis del contrato de crédito documentario y la carta de crédito, lo que hace a la luz de las normas que integran el Capítulo VI del Título XVII del Libro Cuarto del Có-

digo de Comercio, asevera, con apoyo en tales preceptos, que "El *cliente* del convenio de crédito documentario en la carta de crédito recibe el nombre de *tomador u ordenante* y, como tal, debe pagar al Banco las comisiones y gastos que se causen por la emisión de la carta de crédito. Además, queda obligado a reembolsar al Banco las cantidades que éste haya pagado al *beneficiario*, siempre que tal pago se haya hecho conforme a las respectivas instrucciones".

Expresa la censura que "El Banco no puede exonerarse de cumplir la obligación respecto del *beneficiario* sino cuando éste no presente, dentro del plazo de utilización de la carta de crédito irrevocable, los documentos que expresamente se hayan señalado. No puede, en consecuencia, proponer excepción alguna que tenga origen en el contrato que hubieren celebrado su *cliente* y el *beneficiario*. Tampoco las que puedan derivarse de las estipulaciones que haya acordado con su cliente en el convenio de crédito documentario".

3. Concretando el yerro de hermenéutica que denuncia, dice el impugnador que este consistió en que el Tribunal, con fundamento en la carta de crédito No. 5792 y en el hecho de no haberse pignorado el trigo a favor del Banco Nacional, "afirmó el incumplimiento culpable de Carlos Emilio Andrade Galindo de las prestaciones surgidas en la carta de crédito, las cuales se explican como un contrato subyacente al crédito documentario mismo, y que es injustificado el incumplimiento de Carlos Emilio".

Asevera el recurrente que con "esta errónea interpretación el fallador de segundo grado subordinó la obligación autónoma, irrevocable y definitiva que mediante la emisión de la carta de crédito irrevocable No. 5792 asumió el Banco Nacional a favor del IDEMA, al cumplimiento de las obligaciones originalmente acordadas entre el *cliente* y el *banco* al celebrar el convenio de crédito documentario, interpretación que no autorizan las citadas normas ni la doctrina nacional y extranjera y que, por el contrario, rechazan de manera absoluta".

Cargo tercero

1. Con este el impugnante acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, también en forma directa pero aquí por aplicación indebida, de los mismos artículos 1408, 1409, 1410, 1412, 1415, 1262 y 1287 del Código de Comercio; y de los textos 824, 864, 865, 871, 1204, 1262, 1287 y 1308 *ejusdem*, 1602, 1603, 1604, 1608, 1614, 1615, 1616, 1617 y 2417 del Código Civil, todos estos por inaplicación.

2. En desarrollo de esta censura el casacionista, después de observar que uno de los negocios jurídicos plurilaterales a que se refiere el artículo 865 del Código de Comercio "está conformado por la compraventa, el crédito documentario y la emisión de la carta de crédito", y luego de precisar las normas legales que a su juicio deben regir cada una de tales relaciones, asevera que "aunque la compraventa puede ser el origen, o la operación que subyace para el convenio de crédito documentario, las obligaciones del vendedor para con el comprador son ajenas a las que hayan surgido entre el comprador y el Banco que tampoco afectan las obligaciones del vendedor respecto del comprador. El vendedor cumple sus obligaciones para con el Banco si presenta dentro del plazo de utilización de la Carta de Crédito los documentos que en esta se hayan señalado. El Banco no asume responsabilidad alguna con relación a las mercancías, su calidad, cantidad, etc. El beneficiario de la carta de crédito es un tercero en las relaciones recíprocas entre el ordenante y el Banco, y éste no puede oponer al beneficiario excepción alguna que tenga su causa u origen en el contrato de crédito documentario celebrado con su cliente".

De lo cual infiere el impugnante de la sentencia, que los incumplimientos del cliente del Banco y a su vez ordenante de la carta, a los convenios que haya celebrado con el establecimiento emisor, por causa de la carta de crédito, "no son oponibles como exoneración o excepción de pago al beneficiario de la carta de crédito, siempre que éste presente durante el plazo

de su utilización, aquellos documentos que se hayan previsto en la carta de crédito".

3. Avanzando en la sustentación de este cargo, dice el recurrente que como el Banco actúa en su propio nombre cuando emite la carta de crédito, por lo que "compromete su responsabilidad en forma autónoma", no puede, por consiguiente, "oponer al beneficiario excepción alguna de las que tenga contra el ordenante, para abstenerse de pagar". Que, en consecuencia, cuando el beneficiario "presente los documentos que en la carta se hayan señalado, y estos se conforman de modo preciso a tal estipulación, el Banco debe hacer el pago al beneficiario, sin que le sea permitido alegar ningún incumplimiento por parte del ordenante, porque su obligación es autónoma respecto al contrato de apertura del crédito".

Añade la censura que la literalidad legal de la carta de crédito comprende solamente "la obligación propia y autónoma del Banco respecto del beneficiario".

4. Concretando el error *juris in judicando* que denuncia en este cargo, dice el casacionista que "Cuando el *ad quem* sustenta su decisión de revocar el fallo de primer grado en el hecho, no discutido, de que el ordenante de la Carta de Crédito irrevocable no pignoró la mercancía a favor del Banco emitente, según se había estipulado en el texto de la misma, aplica indebidamente las normas que regulan el convenio de crédito documentario, que como contrato entre el cliente y el Banco no está sujeto a restricciones o solemnidades, a la carta de crédito irrevocable"; que, además, "aplica indebidamente por ampliación de su alcance, las normas sobre contratos y específicamente el de crédito documentario, a la carta de crédito irrevocable, cuando aceptó como excepción de no pago de esta el incumplimiento del ordenante a sus obligaciones para con el Banco emisor de la carta"; y que todas estas "indebidas aplicaciones" condujeron al Tribunal a quebrantar también, pero estas por falta de aplicación, las disposiciones "que definen el cumplimiento de los contratos válidamente celebrados y la

indemnización de perjuicios a cargo de la parte que incumpla sus obligaciones”.

Se considera

1ª La legislación civil positiva en Colombia siempre ha establecido, relativamente a la causal primera de casación, que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por comisión o por omisión: ocurre lo primero cuando el juez la aplica a supuestos que tal ley no contempla, o cuando, siendo la pertinente, la hace actuar en la controversia, pero atribuyéndole un sentido o alcance que ese precepto no tiene; y sucede lo segundo cuando pretermite su aplicación a los casos que la requieren y reclaman.

O sea, que el quebranto por omisión de la norma de derecho sustancial sólo se da por falta de aplicación de ella, a lo que preteritamente equivalía la infracción directa; y la violación por comisión ocurre cuando hay aplicación indebida o interpretación errónea del precepto, especies de quebranto estas dos que presuponen, como elemento esencial de su estructura, que la norma sí se haya hecho actuar en la sentencia por haberse aplicado en ella. Lo que, por imperativo de la lógica, hace pensar que resulta contrario a la técnica de la casación denunciar quebranto de una norma sustancial por interpretación errónea o por aplicación indebida, cuando esa norma no se ha aplicado en el fallo respectivo.

Bien es verdad que la inaplicación de un precepto legal sustancial en una sentencia, o sea su violación por omisión, puede encontrar su causa en una de las tres circunstancias siguientes: a) porque el juzgador ignora totalmente la existencia de esa norma; b) porque partiendo de su conocimiento, no la aplica sin embargo por no encontrar relación de semejanza entre el hecho específico concreto y el hipotetizado por ese precepto legal; y c) porque partiendo de su existencia le desconoce validez en el tiempo o en el espacio.

Pero como en cualquiera de tales hipótesis el juez no hace actuar la norma en el caso litigado, el quebranto de ella, en caso

de existir, lo será por falta de aplicación y no por interpretación errónea ni menos por aplicación indebida. De ahí que, como lo ha dicho esta Sala, “Es verdad que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis, el verdadero concepto de violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea, sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente” (G. J., t. XCLIII, 168).

2ª En el caso de este proceso estimó el Tribunal Superior de Bogotá, y esta es la razón cardinal de su fallo desestimativo de la pretensión del demandante, que por incumplimiento del ordenante de la carta de crédito de su obligación de pignorar la mercancía que ella amparaba, a favor del Banco Nacional, no correspondía hacer actuar las normas legales regulativas del crédito documentario, particularmente los artículos 1408, 1409, 1410 y 1412 del Código de Comercio, ni, por ende, los textos contentivos de los principios básicos de los contratos y obligaciones comerciales, singularmente los normativos de los de mandato y comisión.

Siendo ello así, como en realidad lo es, resulta contrario a la técnica de casación que se acuse el fallo del Tribunal por interpretación errónea, como lo hace el recurrente en el primer cargo, o por aplicación indebida, como lo hace en el tercero, de preceptos legales cuya aplicación fue expresamente omitida en esa sentencia.

Y mientras no se desvirtúe la razón esgrimida por el sentenciador *ad quem* para denegar la indemnización de perjuicios reclamada por el demandante, o sea la de que por haber éste incumplido sus obligaciones contractuales no se encuentra legitimado en la causa, la acusación que por inaplicación de los preceptos que definen el cumplimiento de los contratos válidamente celebrados y la indemnización de perjuicios se formula en la segunda parte de dichas dos censuras, es ataque que se

torna improcedente. No infirmado entonces el argumento principal del Tribunal, tales normas legales resultan claramente inaplicables.

3ª Los dos cargos que aquí se estudian conjuntamente, como aparece del resumen que en lo fundamental se ha hecho de ellos, omiten ambos impugnar las consideraciones que en torno a la falta de legitimación en la causa de Carlos Emilio Andrade para reclamar perjuicios hizo el Tribunal, para apoyar en ellas principalísimamente su conclusión. Limitados como vienen a censurar la sentencia del *ad quem* por haber desconocido la independencia, autonomía y definitividad de la obligación que tiene el Banco emisor de la carta de crédito de pagar al beneficiario de esta, de ello se tiene que seguir que las dos impugnaciones son incompletas, pues aún en el evento de que el yerro *juris in judicando* denunciado existiera, no podría quebrarse el fallo, por encontrarse apoyado en una razón que no ha sido combatida en casación.

Como no se combaten tampoco en el recurso los varios argumentos esgrimidos por el sentenciador de segundo grado, para concluir, con base en ellos, que las tres relaciones sustanciales que se forman con la carta de crédito "tienen cierta interdependencia en el sentido de que ninguna de ellas 'es concebible' sin la presencia de las otras, las cuales conservan, no obstante, su 'entidad formal y su propio tratamiento legal'..."; o, como lo dice el Tribunal explanando su tesis, que la autonomía de tales obligaciones "lejos de ser absoluta es relativa".

4ª Abstracción hecha de las anteriores consideraciones, para desechar los cargos que aquí se analizan habría que decir, pues ello es lo que corresponde al sentido y alcance de su sentencia, que no es cierto que el Tribunal haya prescindido en esta del carácter autónomo de las obligaciones que para las partes surgieron del crédito documentario. Lo que el *ad quem* expresa en su fallo es, ni más ni menos, que solamente "IDEMA", como beneficiario de la carta de crédito, habría podido alegar que las prestaciones recíprocas entre el Banco y el ordenante no le eran oponibles, pero

que tal alegación no podía esgrimirla precisamente Carlos Emilio Andrade, quien como solicitante del crédito documentario incumplió sus obligaciones.

Tras precisar en su sentencia que en el presente caso no es el beneficiario de la carta de crédito, o sea IDEMA, quien reclama el resarcimiento de perjuicios, sino el ordenante incumplido, dice en efecto el Tribunal que "dicha posición contractual y pretensional impone analizar las relaciones de éste con el Banco Nacional, en orden a establecer el vínculo jurídico que los une, dentro del cual de ninguna manera Carlos Emilio Andrade es acreedor del Banco Nacional, relativamente al pago de la carta".

Poner de presente la interdependencia referida y relieves el hecho de que el demandante fue el ordenante de la carta de crédito y no su beneficiario, como lo hace insistentemente la sentencia combatida, para concluir con ello que el incumplimiento en que incurrió Andrade Galindo al no pignorar la mercancía es razón que relevaba al Banco del deber de pagar el importe de la carta, no implica en rigor jurídico malinterpretación de las pertinentes normas legales. Contrariamente, esa afirmación corresponde al más recto entendimiento y a la más cabal interpretación de las normas jurídicas regulativas de la carta de crédito.

5ª *El principio de la literalidad que para la carta de crédito exige el artículo 1409 del Código de Comercio, es aplicable y tiene que regir en su integridad a todo lo que en ese documento se expresa.*

Entonces, si, como ocurrió con la carta de crédito que generó este litigio, ella se sujetó a unas condiciones adicionales, conforme a las cuales "la mercancía que ampara la presente carta de crédito será pignorada a favor del Banco Nacional", no es en verdad inadmisibile que tal estipulación contractual sea totalmente ignorada cuando de regir las relaciones entre ordenante y emisor se trata, como lo pretende el recurrente. Es o corresponde esa estipulación a una condición a cuyo cumplimiento sujetó el Banco Nacional su obligación de pagar el valor de la carta,

y que ciertamente no le quita su carácter de irrevocable.

Tal condición tenía en verdad que ser observada tanto por el ordenante de la carta de crédito, como por el beneficiario de esta y también por el Banco emisor. Y si alguna de las partes que intervinieron en el convenio del crédito documentario podía alegar que tal condición no lo vinculaba ni le era oponible, esa parte podía ser cualquiera menos Carlos Emilio Andrade quien, como ordenador de la citada carta de crédito, adquirió el compromiso con el emisor de pignorarle a su favor la mercancía amparada por ella.

6ª Corolario de las consideraciones anteriores es el rechazo de los dos cargos que se estudian, por resultar ineficaces, tal cual lo hará la Corte en la parte resolutive de este fallo.

Cargo segundo

1. Por él el recurrente acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, también por aplicación indebida, de los artículos 1408, 1409, 1410, 1412, 1415, 822, 865, 871, del Código de Comercio y 1602 y 1603 del Civil; y de los textos 1262, 1287 y 1308 de la primera de estas codificaciones, 1604, 1608, 1614, 1615, 1616, 1617 y 2417 de la segunda, estos por inaplicación, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal por no haber apreciado algunas de las pruebas practicadas, y por haber estimado erróneamente otras.

Como violación medio la censura denuncia la de los artículos 824 y 1204 del Código de Comercio, 174, 175, 177, 187, 195, 197, 200, 232, 241, 248, 249, 252, 258, 268, 276 y 279 del de Procedimiento Civil.

2. Entre las pruebas que a juicio del impugnador habrían sido dejadas de apreciar por el Tribunal, aquel cita el alegato de conclusión que el apoderado del Banco Nacional presentó en la primera instancia del proceso; la carta de 27 de septiembre de 1979, dirigida por "IDEMA" a Molino "El Panificador"; la de 29 de octubre de ese mismo año, que al mismo destinatario dirigieron el Banco Nacional e "IDEMA";

la comunicación que el 13 de diciembre dirigió Carlos Emilio Andrade al Vicepresidente del Banco Nacional; y las fotocopias de la cuenta de ahorros No. 14-A-726, abierta por Andrade Galindo en el Banco Nacional en septiembre de ese mismo año.

Y como pruebas mal apreciadas indica las siguientes: la demanda y su contestación; la carta de crédito y sus dos prórrogas; la carta de 3 de enero de 1980, dirigida por el Banco Nacional a Emilio Andrade; el interrogatorio de parte absuelto por éste el 7 de marzo de 1981; la fotocopia de la carta de 4 de octubre, dirigida por Andrade Galindo al Gerente del Banco Nacional; la de 6 de diciembre de ese mismo año, por la cual el Banco Nacional devolvió la carta de crédito sin cancelar; los testimonios de Arturo Mujica Neira y Carlos Aurelio Acero Clavijo; y el dictamen de los peritos Marta Lyda de Espitia y Mario Alvarez Sarasty.

3. Considera el impugnador, concretando el yerro de facto que denuncia, que todas las anteriores pruebas, analizadas en su conjunto, "demuestran plenamente que entre el ordenante de la Carta de Crédito y el Banco se acordó sustituir la obligación inicial de pignorar la mercancía, por los saldos que en su cuenta de ahorros del mismo Banco Nacional tuviera el señor Andrade"; que como así no lo reconoció el Tribunal, incurrió en su sentencia "en el error de hecho ostensible, que incidió en su decisión, cuando afirmó que entre el Banco y el ordenante no se había sustituido la obligación original de pignorar la mercancía objeto de compraventa a favor del Banco".

Añade el casacionista que el fallador *ad quem*, en la apreciación de las pruebas, también incurrió en "error de derecho al exigir la prueba escrita para modificar la obligación de pignorar la mercancía".

"Cuando se analizan estas pruebas en su conjunto —expresa el censor— se concluye que el Tribunal incurrió en error evidente, cuando afirmó: aquí no aparece que el Banco Nacional y Carlos Emilio Andrade hubiesen modificado por escrito por (sic) términos de la carta de crédito, relativamente a la obligación que éste tenía de

pignorar a favor de la entidad la mercancía amparada por ella. Y esta circunstancia aunada a las anteriores, analizadas atrás, reiteran el incumplimiento culpable de Carlos Emilio Andrade Galindo de las prestaciones surgidas de la carta de crédito, las cuales se explican como un contrato subyacente al crédito documentario mismo...".

4. Rematando la formulación de este cargo, expresa el casacionista que como consecuencia de los errores de apreciación probatoria por él apuntados, el sentenciador de segundo grado "aplicó indebidamente las normas sobre el crédito documentario que regulan las obligaciones recíprocas entre el cliente, ordenante de la Carta de Crédito, y el Banco, que no están sujetas a solemnidad alguna y por ello pueden pactarse verbalmente, o por escrito, las obligaciones del Banco como *emitente* de la carta de crédito para con el *beneficiario* las cuales son autónomas y no interfieren, ni alteran o modifican los compromisos entre el ordenante y el Banco".

Y que la aplicación indebida de dichas normas determinó la infracción, "por falta de aplicación, de aquellas que establecen y regulan la indemnización de los perjuicios a cargo de quien ha incumplido sus obligaciones".

Se considera

1ª Por la insistencia que de él hace en el contexto de su fallo, bien parece que el fundamento cardinal que condujo al sentenciador *ad quem* a negar la indemnización de perjuicios reclamada, fue el incumplimiento que dedujo para el demandante en el deber de pignorar a favor del Banco Nacional la mercancía amparada por la carta de crédito. Dice al efecto la sentencia combatida que el Banco Nacional "incumplió pagar el valor del crédito contenido en la carta... Pero a su turno Carlos Emilio Andrade no pignoró la mercancía (el trigo comprado) amparada por ella".

Este argumento capital del Tribunal no lo impugna el recurrente en el cargo que aquí se estudia; por la ausencia de ataque continúa entonces amparado en la presun-

ción de acierto y por tanto con fuerza suficiente para sostener la decisión, desde luego que evidentemente sería injurídico constreñir al demandado a que indemnice al demandante de unos perjuicios, que si éste sufrió habrían sido causados por su propio incumplimiento contractual.

La doctrina de esta Corporación, reiteradamente ha dicho, a este propósito, que "*aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado*" (G. J., ts. LXXI, 740; LXXIII, 45 y LXXV, 52).

2ª La lectura desprevenida de la sentencia conduce a afirmar, contrariamente a lo que sostiene el recurrente en la sustentación de este cargo, que el Tribunal si vio en las pruebas analizadas el acuerdo entre el ordenante y el emisor de la carta de crédito para sustituir el objeto de la obligación prendaria, o sea, el trigo comprado por Carlos Emilio Andrade a "IDEMA" por una suma de dinero consignada por aquél en una cuenta de ahorros en las oficinas del Banco Nacional; consideró sin embargo el sentenciador, amparándose en las pruebas que el impugnante estima mal apreciadas, que la prenda sustitutiva nunca llegó a constituirse.

Dice en efecto la sentencia en la parte pertinente: "Conforme con la cuenta de ahorros 14-A-726, abierta por Carlos Emilio Andrade Galindo el mes de septiembre de 1979, esta efectivamente alcanzó en noviembre siguiente la cantidad de \$ 2.054.627.00, saldo que no aparece pignorado en el Banco Nacional, como lo precisaron los expertos que actuaron en el curso de la primera instancia" (subraya la Sala). Y agrega el fallo que la referida cuenta de ahorros, abierta por Carlos Emilio Andrade Galindo en el Banco Nacional con el propósito de sustituir el objeto materia de pignoración, "jamás correspondió

a \$ 7.153.410.00, valor de la carta de crédito”.

No existe pues el error de hecho que la censura denuncia en este cargo. En verdad que las pruebas practicadas, ora se las analice separadamente o ya en conjunto, indican que Carlos Emilio Andrade Galindo jamás llegó a tener depositados en su cuenta de ahorros del Banco Nacional, ni menos pignorado a favor de éste, saldos por un monto equivalente al de la carta de crédito. Dichas pruebas fueron debidamente tenidas en cuenta por el Tribunal sentenciador en todo su contenido objetivo, sin alterárselo en nada, y por ello no existen los errores de apreciación probatoria que el censor invoca.

Por lo dicho, este cargo resulta también ineticaz.

IV

Decisión

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Ci-

vil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha trece (13) de agosto de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo del recurrente. Tásense.

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

Horacio Montoya Gil, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Jorge Salcedo Segura, con salvamento de voto; Ramón Eduardo Madriñán de la Torre, conjuéz.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario.

SALVEDAD DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA

Un error evidente de hecho es no haber dado por probado que la palabra "retención" puesta por el Banco en la tarjeta de movimiento de cuenta de ahorro, dado el antecedente de la orden de pignorarla en su favor, es prueba de que realmente se pignoró

Proceso ordinario de *Carlos Emilio Andrade* contra *Banco Nacional*.

Mi discrepancia se circunscribe a lo resuelto en relación con el segundo cargo. El fallo de segunda instancia fue acusado de haber dejado de apreciar unas pruebas que demuestren que entre el Banco emisor de la carta de crédito y el ordenante existió un acuerdo adicional consistente en haber pactado que en vez de la pignoración de la mercancía éste debería constituir depósitos en dinero en su cuenta de ahorros en aquel, los cuales se considerarían pignorados en reemplazo de la mercancía. La Corte expresó en la sentencia de que discuerdo: "... Carlos Emilio Andrade Galindo jamás llegó a tener depositados en su cuenta de ahorros del Banco Nacional, ni menos pignorados a favor de éste saldos por un monto equivalente al de la carta de crédito". Con tan tajante expresión la Sala denegó el impetrado quiebre del fallo. Yo opino todo lo contrario, por las razones que puntualizo a continuación:

1º La Carta de crédito amparaba una mercancía, harina, vendida al ordenador por IDEMA, acreedor del precio y beneficiario de la carta de crédito que lo amparaba. Es obvio, entonces, que mientras IDEMA no cumpliera con su deber de vendedor de hacer la tradición de la cosa vendida, el comprador no era dueño de ella, y por tanto mal podía pignorarla. El incumplimiento del comprador ordenador de la carta sólo podía presentarse inmediatamente después de entregada la mercancía, momento en el cual podía optar por

pignorarla o hacer uso de ella transformándola en pan. De conformidad con lo anterior, mal puede hablarse de cumplimiento o incumplimiento del comprador de la harina por haber pignorado o dejado de pignorar la harina consignándola en un Almacén General de Depósito, antes de haber sido entregada por IDEMA.

2º Si se tiene en cuenta que el comprador Andrade recibió y procesó parte de la mercancía, en vez de pignorarla, es exclusivamente sobre esa, en cuantía aproximada de dos millones de pesos, respecto de la cual se puede hablar de incumplimiento y es sobre esa mercancía parcial sobre la cual es dable entender el arreglo adicional de Andrade con el Banco. Sobre el resto de la mercancía, todavía en poder del vendedor, en la medida en que aún era posible su pignoración subsiguiente a la tradición que hiciera el éste, no es ni siquiera imaginable el pacto adicional.

3º Entendido así, es perfectamente claro que Andrade para ponerse al día en sus compromisos con el Banco emisor de la carta de crédito debía constituir depósitos en su cuenta de ahorros en el Banco Nacional para remplazar la mercancía que recibida por él no había sido pignorada, según lo ofrecido. Y además de constituir esos depósitos, debía pignorarlos en favor del Banco depositario. El cumplimiento de esa obligación es la que el Tribunal estimó que no se había probado. Dijo el sentenciador de segundo grado sobre el particular: "Conforme con la cuenta de ahorros 14-A-726, este efectivamente alcanzó en noviembre siguiente la cantidad de

\$ 2.054.627.00, saldo que no aparece pignorado en el Banco Nacional, como lo precisaron los expertos que actuaron en el curso de la primera instancia. Con el agregado que la carta suscrita por Carlos Emilio Andrade Galindo con ese efecto, esto es, con el de pignorar la cuenta de ahorros a favor del Banco Nacional no tiene sello de recibo de éste, según lo evidencia la fotocopia que obra en autos”.

4º Andrade, entonces, sí tuvo depositados dineros en cantidad equivalente a la mercancía que retiró y no pignoró. ¿Será cierto, como lo dijo el Tribunal, que ese dinero no estuvo pignorado al Banco? La verdad es que, en primer lugar, la carta ordenando la pignoración del dinero depositado en la cuenta de ahorros, que obra al folio 51 del expediente, carece de sello de recibo, pero en cambio tiene la firma autógrafa del gerente del Banco, sucursal Siete de Agosto, señor Carlos Aurelio Acero Clavijo, con la fecha “9-10-79” manuscrita por el mismo, y en su declaración, que obra a folios 86 y 89 del cuaderno primero acepta haberla recibido y reconoce el hecho mismo de la pignoración. En segundo lugar, por si alguna duda quedare, en el extracto de la cuenta de ahorros en referencia, que obra al folio 62, con fecha 3 de diciembre de 1979, en la casilla “depósitos” que antecede a la de “saldo”, en donde aparece la cantidad de \$ 2.118.132.96, en el mismo renglón, se puede leer con claridad la palabra “Retención”. Conocido el antecedente de la carta de pignoración,

¿puede alguien con seriedad afirmar que no hubo depósito y que mucho menos estuvieron pignorados a favor del Banco? Si dados esos antecedentes la palabra “retención” puesta por el Banco no es ni más ni menos que la pignoración en favor del Banco depositario, el que así no lo crea debe entonces explicar el sentido de esa palabra. Para mí no cabe la menor duda que sí hubo depósito y que sí estuvo pignorado en favor del Banco. El error probatorio en que incurrió el Tribunal fue ostensible y trascendente. La Corte incurrió en el mismo error, con el agravante de que fue aún más grave, pues aquel acepta que hubo depósito y ésta ni siquiera esa verdad incontrovertible.

Siendo el error grave, ostensible, de bulto, y siendo el mismo la razón de ser de la decisión, pues si no hubiese incurrido en él, no se habría dicho que el demandante incumplió sus obligaciones para con el Banco, se imponía casar la sentencia, como infrutuosamente lo propuse con vehemencia en los debates de la Sala, sin que mis puntos de vista, que han quedado someramente expuestos, hubiesen logrado influir en el criterio de los colegas.

Dejo en los anteriores términos consignado mi pensamiento disidente.

Bogotá, D. E., enero 16 de 1983.

Jorge Salcedo Segura

PROVIDENCIAS NO PUBLICADAS

1983

DECLARACION DE PERTENENCIA. *Indispensable acompañar a la demanda el certificado de la Oficina de Registro, sobre las personas que figuren como titulares de derechos reales, o de que no figura ninguna.* Sentencia del 17 de enero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso de Genaro Coronado Morales contra Personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de los deberes de esposo y padre del demandado.* Sentencia del 20 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Esperanza Triana contra Orlando Calderón. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La parte actora debe probar la causal de separación que invoca, so pena que el demandado resulte absuelto.* Sentencia del 20 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Hernán Ayazo Berrocal contra Diana Marchena. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se encontró probada la causal de separación.* Sentencia del 20 de enero de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Beatriz Flórez de Mojica contra Fabio Mojica Castañeda. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandante no cumplió con el deber de probar plenamente los hechos en que fincó su demanda.* Sentencia del 20 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en

el abreviado de José Orlando Vélez Arbeláez contra Blanca Irma Bedoya Carvajal. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUEPOS. *El alejamiento del hogar, sin causa que lo justifique, constituye incumplimiento de los deberes conyugales.* Sentencia del 20 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Gloria Castillo contra Galo Conde Arango. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con la prueba testimonial y la confesión de la demandada se demostró el grave e injustificado abandono de los deberes de esposa.* Sentencia del 24 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Félix Males contra Argelia Esperanza Yandar. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Declaración oficiosa de nulidad por falta de competencia territorial.* Sentencia del 24 de enero de 1983. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Naives María Rodríguez contra Noel Carrascal Pino. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

CAPACIDAD PARA SER PARTE. *Se pierde con la muerte y no subsiste en cabeza del curador del incapaz fallecido.* Sentencia del 24 de enero de 1983. Declara probada una excepción previa en el proceso de Jesús Antonio Albornoz Solano contra Guillermo Ayerbe Cortés (Curador de Jesús María Pombo J.). Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Las secretarías de los despachos al elaborar el edicto del artículo 318 Código de Procedimiento Civil deben ser*

muy cautas para no incurrir en errores que pueden acarrear nulidades. Sentencia del 25 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Graciela Gómez contra Guillermo Acevedo Navas. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Cualquier error en la elaboración del edicto emplazatorio implica violación del derecho de defensa del reo.* Auto... del 25 de enero de 1983. Declara la nulidad de lo actuado, en el abreviado de Melba Barragán contra Sigifredo Piedrahita Giraldo. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Drástica interpretación del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.* Auto... del 25 de enero de 1983. Declara nulidad de lo actuado en el abreviado de Marleny Cediél contra Horacio Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Inactividad probatoria del demandante.* Sentencia del 26 de enero de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Francisco Javier Correa contra Ana Lucía Ocampo. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CASACION. *No se demostró ninguno de los cargos formulados.* Sentencia del 26 de enero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Sergio Camargo contra Manufacturas de Cemento S. A. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad por error en el nombre del demandado en la diligencia de posesión del curador ad litem.* Auto del 27 de enero de 1983. Declara nulidad de lo actuado en el proceso de Ana Mercedes Moreno contra Pedro Julio Vásquez. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *El desinterés en la prueba es conducta que se traduce generalmente en una decisión adversa.* Sentencia del 27 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida

por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Sonia Muñoz contra Conrado Cárdenas. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado de los deberes de esposo.* Sentencia del 27 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Teresa Hoyos contra Manuel de Jesús Salazar. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 31 de enero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Eloisa Chirán contra José Leoncio Chirán. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Las solemnidades del emplazamiento garantizan que no haya juicios secretos.* Auto del 1º de febrero de 1983. Declara nulidad de lo actuado en el proceso de Blanca Alicia Londoño contra Ernesto Camacho Cárdenas. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *El juzgador no tiene facultad para fallar sobre causales de separación no alegadas, aunque aparezcan demostradas en el proceso.* Sentencia del 1º de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rómulo Alfonso Niño contra Luz Stella Panadero. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *La separación de cuerpos permitida por la ley es de carácter indefinido y no definitiva.* Sentencia del 2 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Rafael Antonio Pedroza contra Emma Figueroa. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo.* Sentencia del 2 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Teresa Samper contra Sergio Darío López de Mesa. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. *Una cosa es no oponerse a las pretensiones de la demanda y otra diferente allanarse a ellas.* Sentencia del 3 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gladys Silva contra José Joaquín Aponte. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Mientras el estado de abandono persiste, el cónyuge que ha incurrido en él continúa en el quebranto de la causal.* Sentencia del 3 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el abreviado de María Victoria Brunal contra Leibnitz Toro. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se acreditó la causal 2ª del artículo 154 del Código Civil.* Sentencia del 3 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Félix Alvarez García contra Gladys Mendoza Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

ACCION REIVINDICATORIA. *Medio nuevo no aceptable en casación, error de derecho.* Sentencia del 7 de febrero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Francisco Rincón contra Hermógenes Alfonso Corredor y Luis Vélez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga. Salvamento de Voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 9 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Excelmery Orozco contra Adonías López. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Al practicar la prueba testimonial deben evitarse las llamadas preguntas sugestivas.* Sentencia del 10 de febrero de 1986. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Dolores García contra Jorge Enrique Rocha Mahecha. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

CASACION. Técnica. *El casacionista no expresó las causales en ninguno de los cargos.* Sen-

tencia del 14 de febrero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Carlos Guillermo Méndez y otros contra Basf Química Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

CASACION. *Violación ley sustancial. Error de hecho, error de derecho en el examen de las pruebas.* Sentencia del 15 de febrero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Manuel Durán Cortés contra Luz Stella Sanabria. Magistrado ponente: Doctor...

SEPARACION DE CUERPOS. *No se halló probada ninguna de las causales de separación alegadas.* Sentencia del 15 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Carlos Elías Figueroa contra Luz Dary Hernández. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *La demandada a pesar de haber sido emplazada no compareció.* Sentencia del 17 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Guillermo Domínguez Sánchez contra Elsy Ucrós. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Mientras subsista el abandono, el cónyuge está incurriendo en el quebrantamiento de la causal.* Sentencia del 18 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de José Benjamín Restrepo contra María Adela Huelgos. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 18 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Bernardo Ramírez Gaviria contra Stella Vallejo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Indicio en contra del demandado, su no comparecencia al proceso.* Sentencia del 18 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Amparo Perdomo

contra Napoleón Strusberg. Magistrado ponente: Doctor *Hector Gómez Uribe*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *La preceptiva técnica no permite que respecto de una misma norma se aduzcan simultáneamente más de una forma de violación.* Sentencia del 18 de febrero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de Policarpa Ruiz Duarte y otros contra Raquel Suárez vda. de Ruiz y otros. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se emplazó al demandado y no compareció al proceso.* Sentencia del 18 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Paulina Dávila contra Guillermo Vengoechea. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Nulidad del proceso por deficiente emplazamiento.* Auto del 19 de febrero de 1983. Declara nulidad de lo actuado en el abreviado de Luz Amparo Durán contra Carlos Alberto Escobar V. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La justificación del abandono debe demostrarla el demandado.* Sentencia del 19 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María de Jesús Rocha contra Guillermo Ospina Bermúdez. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de los deberes de esposo y padre.* Sentencia del 19 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Flor María Avellaneda Muriello contra Carlos Humberto García Calderón. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Decisión adversa por carencia de pruebas.* Sentencia del 19 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Carlos Eliécer Posada contra Romelia Espinal Ramírez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Negligencia de la parte actora en cuanto a la incorporación de las pruebas. Debe reflejarse en las agencias en derecho.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Dora Eunice Blandón contra Carlos Mario Saldarriaga Hernández. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Vía directa, vía indirecta perspectiva técnica.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Clara Inés Rengifo de Piñeros contra Eduardo Escobar Trujillo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Es error protuberante de técnica formular un cargo por interpretación errónea y a la vez por indebida aplicación de una norma.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Máquinas Agrícolas Ltda. "Maquinagro" contra Held y Cia. S. A. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

CONTRATO DE SEGURO. *Perjuicio causado al acreedor, cuando el riesgo ocurrió con relación a su deudor.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Banco Cafetero contra Félix Salazar y la Compañía de Seguros la Libertad S. A. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de María Ferlina Cortés contra Ali Hossman Mazuera. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandado no compareció a pesar de haber sido emplazado.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Edilma Aguilar contra Segundo Elías Sáenz. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No le es lícito al cónyuge acudir a la separación de hecho y tomar la justicia en sus manos y por sí y ante sí decidir la separación.* Sentencia del 17 de marzo de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Laurentino Fernández Cufiño contra Nubia Castro.

PATERNIDAD NATURAL. *Con el certificado expedido por el Juez que conoce del proceso de sucesión del presunto padre no se demuestra ni el matrimonio ni la muerte de éste.* Sentencia del 22 de marzo de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso de Mónica Morales contra María Ligia Restrepo de Duque y otros. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Basta demostrar una de las causales alegadas en la demanda.* Sentencia del 22 de marzo de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de Elvira Vives contra Luis Urobe Anaya. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de padre.* Sentencia del 22 de marzo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, dentro del abreviado de Carmen Serrano contra Enrique Parra. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *La ayuda económica corresponde a ambos cónyuges y de acuerdo con sus ingresos. Obligación de desplegar actividad para obtener capacidad económica.* Sentencia del 23 de marzo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del abreviado de Dora Rueda de Rodríguez contra Guillermo Rodríguez Angarita. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Deficiencias en el emplazamiento del demandado.* Auto del 24 de marzo de 1983. Declara la nulidad de todo lo actuado en el abreviado de Ana Moreno Cadena contra Carlos Francisco S. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se desconoce el domicilio del demandado. La demanda se ins- taura en el domicilio de la demandante.* Sentencia del 24 de marzo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Blanca Ofelia Restrepo contra Orlando Antonio García N. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

CONTRATO PARA LA EJECUCION DE OBRA MATERIAL. *Análisis del contrato que dio lugar a la litis.* Sentencia del 24 de marzo de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso de Rafael Hernando Casas y Ruby Restrepo de Casas contra Pereira Motors Ltda. Magistrado ponente: Doctor...

RESPONSABILIDAD CIVIL. *Pérdida del vehículo que se dejó para lavado y engrase, en una bomba de gasolina. No es actividad peligrosa.* Sentencia del 25 de marzo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Aseguradora del Valle S. A. contra Alberto Lecomte de la Vega y "Alberto Lecomte y Cía. Ltda.". Magistrado ponente: Doctor...

CONTRATO DE PROMESA. *No se demostró el error de hecho alegado.* Sentencia del 25 de marzo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Mario Hamón Fajardo contra Pedro Antonio Sáenz Castro. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper. Salvamento de Voto del doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Deficiencias en el emplazamiento del demandado.* Auto del 4 de abril de 1983. Declara la nulidad de lo actuado dentro del abreviado de Carmen Myriam Gómez Arbeláez contra Augusto Gómez Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *No admite la consulta y declara la nulidad por deficiente emplazamiento.* Auto del 4 de abril de 1983. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Julia Cecilia Chagin de Kaled contra Alfredo Kaled Ch. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

PRUEBAS. *Para ser apreciadas deben someterse a las ritualidades establecidas por la ley.* Sentencia del 5 de abril de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Editorial Capricornio S. A. contra Sociedad Aseguradora del Valle S. A. Magistrado ponente: Doctor...

PROCESO DE LANZAMIENTO. *Se ordena la notificación de la demanda a los codemandados, con las formalidades propias de este proceso.* Auto del 6 de abril de 1983. REVOCA el proferido en el proceso de (...) contra Lindsay Platin Durosier - Embajada de Haití, Oscar Hurtado Amézqueta. Magistrado ponente: Doctor...

SEPARACION DE CUERPOS. *Carece de valor probatorio el registro de matrimonio por estar firmado por el secretario de la alcaldía.* Auto del 7 de abril de 1983. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de José Wilder Macías Aros contra Sara Bartola Alandette. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. *El no pago oportuno de los honorarios a los peritos que intervinieron en el proceso, conlleva la desersión del recurso de casación.* Auto del 8 de abril de 1983. Declara desierto el recurso. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

ACCION REIVINDICATORIA. *En tratándose de inmuebles, la prueba del dominio en el demandante se prueba únicamente con copia de la escritura pública, si lo adquirió por compra.* Sentencia del 8 de abril de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Harry Antonio Velásquez contra María Amelia Aguilar Osorio. Magistrado ponente: Doctor...

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Violación indirecta, por error de hecho en la apreciación de una prueba aportada al proceso.* Sentencia del 8 de abril de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Pedro Alejandro Cortázar Rodríguez contra Luis Ballesteros Salazar. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Grave e injustificado de los deberes de esposa y ma-*

dre. Sentencia del 11 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de José Napoleón Rivera Martínez contra Cecilia Ardila Velásquez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

ACCION REIVINDICATORIA. *Se demostraron a cabalidad los cuatro presupuestos para su prosperidad.* Sentencia del 11 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Carlos Augusto Montoya del Río contra José Antonio Martínez Tovar. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION. *Causal 6ª. No se demostraron las maniobras fraudulentas alegadas.* Sentencia del 11 de abril de 1983. Declara infundado el recurso de Revisión del proceso de Banco Internacional de Colombia contra Ciro Pabón Núñez, Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

VIOLACION INDIRECTA. *Prospera parcialmente la demanda. Falta de técnica en los cargos de error de hecho y error de derecho que se confunden.* Sentencia del 12 de abril de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Daniel Suárez Hernández y Edilma Cely de Suárez contra "Transportes Urbanos Samper Mendoza Buses Blancos S. A." Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Es necesario en la demanda invocar los hechos concretos constitutivos de la causal alegada.* Sentencia del 12 de abril de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso de Alfredo de Villeros contra Myriam... Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

VIOLACION INDIRECTA. *Errores de técnica en la proposición de los cargos.* Sentencia del 12 de abril de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Ana Silvia Ibarra de Vieira e Industrias Químicas Beg Ltda. contra Sociedad de Transportadores Omega Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado de los deberes de esposo y padre.*

Sentencia del 14 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de Olga Pastrana contra Héctor Jordán Lozada. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado de los deberes de esposo y padre*. Sentencia del 14 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Cruz Mabel Montoya de Sánchez contra Jorge Sánchez Henao. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado de los deberes de esposo y padre*. Sentencia del 14 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el abreviado de Naira Silva contra Mario Hernando Calderón. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono por parte del marido de sus deberes*. Sentencia del 18 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Clara Rocío Quiceno contra Rafael Angel Chinchilla. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono del marido*. Sentencia del 18 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Edilma Agudelo Acevedo contra Oscar Ramírez Vargas. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado por parte del esposo de sus deberes*. Sentencia del 18 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Teresa de Jesús Grajales Ríos contra José Libardo González M. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Por incumplimiento de los deberes de esposa y madre los hijos quedan al cuidado del padre*. Sentencia del 20 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Ernesto Valencia Mendoza contra Carmen Rosa Lozano. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *La interpretación de los contratos es cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia*. Sentencia del 20 de abril de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Promotora Aerocréditos Ltda. y Aerocréditos Ltda. contra Varig S. A. (Ruta Aérea de Río Grande). Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. *Costas. El no pago de las costas impide la decisión del recurso de casación concedido y admitido*. Auto del 20 de abril de 1983. Declara desierto el recurso en el ordinario de Carlos Fonrodona Esclava contra Rafael Vanegas Vanegas y otros. Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado ponente: Doctor... Salvamento de voto de los magistrados doctores *Humberto Murcia Ballén* y *Alberto Ospina Botero*.

CASACION. *Admite el recurso contra el auto que decidió la excepción previa de prescripción*. Auto del 26 de abril de 1983. Declara admisible el recurso en el proceso de Alfonso Vieira Villa y otro contra Empresas Públicas de Medellín. Magistrado ponente: Doctor... Salvamento de Voto de los doctores *Murcia Ballén* y *Ospina Botero*.

SIMULACION. *Se declara la simulación relativa de algunos contratos*. Sentencia del 26 de abril de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Cecilia Barrera contra Juan Pablo Caicedo e Italo y Lucero Sardi Barona. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono de los deberes de esposa de la demandada*. Sentencia del 26 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Severo Parada Gómez contra Leila María Constanza Bermúdez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado de los deberes de esposo del demandado*. Sentencia del 26 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Piedad Gómez Sanclemente

contra Carlos Alberto Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono de los deberes de esposo por parte del demandado. Sentencia del 26 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ruth Herrera contra Fernando Orozco Góngora. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono injustificado de los deberes de esposo. Sentencia del 26 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Alba Lucía Valencia, contra... Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono de los deberes de esposo en el demandado. Sentencia del 26 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de María del Carmen Velandia contra... Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

CASACION. Violación ley sustancial. Errores en la formulación de los cargos, no se respetó la independencia y autonomía de cada uno de ellos. Sentencia del 26 de abril de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de Rosa Rey de Rincón contra Pablo Rey Suárez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

CASACION. No pueden confundirse los tres conceptos de violación de la ley sustancial. Sentencia del 27 de abril de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Ana Victoria Barrero de Pineda vs. Hernando Pineda Barrero. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

ACCION REIVINDICATORIA. Se demostraron los presupuestos de esta acción. Sentencia del 27 de abril de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de María de Jesús Ramírez de Tavera vs. Jaime Nolasco Tavera. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono injustificado de los deberes de espo-

so y padre. Sentencia del 27 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Arge-mira Acevedo vs. Rafael Antonio Restrepo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Se demostró legalmente la causal de separación invocada. Sentencia del 28 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Ana Lucía Carrillo vs. Nefalí Gómez Carrisales. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Se demostró con la prueba testimonial la causal de separación alegada. Sentencia del 28 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de José Gilberto Zuleta Velásquez vs.... Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se demostró la causal de agravios públicos y ultrajes. Sentencia del 30 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luis A. Duque Peña vs. Tulia María Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Ineptitud formal de la demanda que conlleva a sentencia inhibitoria, por no anotar los hechos concretos constitutivos de la causal de separación invocada. Sentencia del 30 de abril de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso abreviado de María Cristina Salazar vs. Julio Hernán Cruz Bernal. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Se demostraron dos de las tres causales alegadas en la demanda. Sentencia del 30 de abril de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Carlota Quiñónez vs. José Jesús Laverde Ospina. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SIMULACION. En la simulación hay un solo acto, "una entidad comercial única" con dos de-

claraciones, una pública y otra privada. Sentencia del 2 de mayo de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de María del Carmen Salinas de Garzón vs. Trinidad Murcia vda. de Roncancio y Abel Robayo. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Si se demostró la ocurrencia de la causal de separación invocada.* Sentencia del 3 de mayo de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso abreviado de Gabriel Caviedes Perdomo vs. Gloria Inés Díaz. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Si se demostró la causal de separación invocada en la demanda.* Sentencia del 4 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Olga María Cáceres Pineda vs. Edgard Eduardo Carrillo Arango. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *Se analizan las obligaciones de cada uno de los contratantes.* Sentencia del 9 de mayo de 1983. CONFIRMA y REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de HOTEL PANORAMA S. A. vs. Instituto de Desarrollo de Boyacá (IDEBOY). Magistrado ponente: Doctor...

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró la causal de separación alegada por lo que se denegaron las pretensiones.* Sentencia del 9 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Jessy Paz vs. Aidée Alegría. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Pruebas. El decreto de pruebas en forma oficiosa no es simplemente una potestad del juzgador, sino que comporta el deber de esclarecer la verdad que se debate en el proceso.* Sentencia del 9 de mayo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Elicio Rubio Alvarez vs. Antonio Melo Linares. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Prueba testimonial suficiente para demostrar el abandono de*

la esposa. Sentencia del 9 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Florencia, en el proceso abreviado de Jesús Antonio Camacho Rico vs. Francia Helena Fierro. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

INCONSONANCIA. *No se da cuando la incongruencia se presente entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia.* Sentencia del 10 de mayo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en proceso de Gustavo Torres Dávila vs. Jorge Pardo y Miguel Rangel Pava. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostró el abandono de la cónyuge con la prueba testimonial.* Sentencia del 13 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso abreviado de Santiago Montaña vs. Josefina Ramírez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

LA OFERTA O PROPUESTA. (Art. 845 C. de Co.) *no se demostraron los requisitos de la oferta verbal ni entre ausentes.* Sentencia del 17 de mayo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Marcos García Sánchez vs. Jorge Elías López. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Injustificado abandono de los deberes de esposa.* Sentencia del 13 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de León Gil Flórez Ardila vs. Excelina Santana. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Una de las causales invocada estaba caducada y la otra no se demostró.* Sentencia del 17 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Eduardo Lozano Perdomo vs. Leonor García Molano. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostraron a cabalidad las causales de separación invocadas.* Sentencia del 16 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de

Tunja, en el abreviado de María Graciela Murcia de Castro vs. Edgar González Castro. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostró a cabalidad la causal de separación aducida en la demanda.* Sentencia del 16 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Regina Domínguez Gómez vs. Luis Rafael Luna Castillo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Mientras subsista el abandono el cónyuge está incurriendo en el quebranto de la causal.* Sentencia del 18 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de Teresa de Osorio vs. Eduardo Osorio Umaña. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 18 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de María Francisca Camachín vs. Armando Ruales. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Mientras subsista el estado de incumplimiento de los deberes, se está incurriendo en el quebranto de los mismos.* Sentencia del 18 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de Miguel Segundo Núñez Martínez vs. Elva Capella Narváez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

ACCION REIVINDICATORIA. *No se demostró posesión en los demandantes, quienes reconocieron propiedad en los demandados.* Sentencia del 18 de mayo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el proceso de Crisanto Tabarquino Vargas y Carmelina Pinzón Trejos vs. Instituto de Crédito Territorial, Wilfredo Molina y otros. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo del demandado.* Sentencia del 18 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Super-

rior de Villavicencio, en el abreviado de Esperanza Achips Riveros vs. Jaime Ruiz Pinzón. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

INTERRUPCION DEL PROCESO. *Por muerte de un apoderado. No corren los términos para ninguna de las partes.* Auto del 18 de mayo de 1983. REVOCA el proferido por la Corte, en el proceso de Soledad Montes Lima contra Herederos de Luis Enrique Zambrano. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Salvamento de Voto del doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO. *No tiene personalidad de derecho. Puede demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley.* Sentencia del 19 de mayo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso de Francisco Posada vs. Gerardo Yepes Martínez y Leonor Palacio de Yepes. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Durante las vacaciones judiciales, el Poder puede presentarse ante Notario Público de la misma localidad.* Sentencia de mayo 19 de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Aminta Perdomo vs. Oscar Ariza Rivera. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de los deberes de esposo.* Sentencia de mayo 23 de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Ana Cynthia Figueroa vs. Wick Tim Harland-James. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia de mayo 23 de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Luz María Caicedo vs. José F. González. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

REVISION. *La demanda debe indicar las personas que fueron parte en el proceso y dirigir el libelo contra todas las que ában intervenir en el recurso.* Auto de mayo 23 de 1983. NO ADMI-

TE el recurso propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Eladio Hurtado Lombana vs. Germán Eladio Hurtado Rincón. Magistrado ponente: Doctor...

SEPARACION DE CUERPOS. *Emplazamiento deficiente, pues no corrieron cinco días entre cada publicación.* Auto de mayo 23 de 1983. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Isidoro Gutiérrez Viana vs. Luz Stella Rojas. Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La demandante sí conocía el paradero del demandado y sin embargo solicitó su emplazamiento por los trámites del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.* Auto de mayo 23 de 1983. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Lilliana Patricia Gallego Arango vs. Héctor Ramiro Pacheco Ochoa. Tribunal Superior de Armenia.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia de mayo 23 de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el abreviado de Myriam Prieto vs. Carlos Arturo Conde. Magistrado ponente: Doctor *José María Esquerro Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La Corte comparte los argumentos expuestos por el Tribunal.* Sentencia del 23 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Marta Lucía Sepúlveda vs. Diego Suárez Bedoya. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Patria Potestad. La madre que abandonó a su hijo menor pierde la patria potestad, pero no se puede declarar así, por no agravar la situación de la parte en cuyo favor se estableció la consulta.* Sentencia de mayo 23 de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el abreviado de Nabonasar Rafael Martínez vs. Judith Márquez. Magistrado ponente: Doctor *José María Esquerro Samper*.

REVISION Causal Primera del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. *Requisitos que la configuran y necesidad de su prueba.*

Auto del 23 de mayo de 1983. Declara infundado el recurso propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Tomás Misael Roncancio Villamil vs. Carlos Manuel González Vergel. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Complementa sentencia del 27 de abril de 1983.* Sentencia del 25 de mayo de 1983. Proceso de María de Jesús Ramírez de Tavera vs. Jaime Nolasco Tavera. Magistrado ponente: Doctor *José María Esquerro Samper*.

ACCION REIVINDICATORIA. *En esta materia la hijuela expedida en un juicio de sucesión, es título suficiente para comprobar el dominio salvo que a ella se le oponga otro título anterior, o una posesión también anterior.* Sentencia del 25 de mayo de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Julio César Ospina Rodríguez vs. Agustín Polche y otros. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*. Salvamento de Voto de los Magistrados doctores *Germán Giraldo Zuluaga y Héctor Gómez Uribe*.

SENTENCIA. *Aclaración. Alcances del concepto de aclaración de las providencias.* Auto del 25 de mayo de 1983. Deniega aclarar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Severo Parada Gómez vs. Leila María Constanza Bermúdez P.

SEPARACION DE CUERPOS. *Como prueba testimonial se demostró la separación de facto.* Sentencia del 26 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria Cadena vs. Luis Carlos González Vargas. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Como prueba testimonial se demostró la separación de hecho de los cónyuges.* Sentencia del 31 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Augusto Pérez Palacio vs. Emilia Esther Puello. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *No se expresaron en la demanda los conceptos de la vio-*

lación. Sentencia del 31 de mayo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Corporación de Abastos de Bogotá, vs. Almacenes Generales de Depósito Santa Fe S. A. - ALMAVIVA. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostraron los hechos en que se funda la demanda.* Sentencia del 31 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Yolanda Reyes vs. Hernández Naranjo. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Aunque se demostró el abandono del demandado de sus deberes de padre, no se le puede privar de la patria potestad, por no incurrir en reformatio in pejus. La separación es indefinida y no definitiva.* Sentencia del 1º de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Dioselina Galarza vs. Humberto Duque Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono por parte de la demandada.* Sentencia del 1º de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Oliverio Díaz vs. Etelvina Arias. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Inepta demanda porque no se enunciaron los hechos concretos en que estriba la pretensión.* Sentencia del 4 de junio de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Virgilio Monsalve Puello vs. Candelaria Deulofeut. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Indicio en contra del demandado el no haber comparecido al proceso.* Sentencia del 6 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Carmen Baena vs. Moisés Eisenstein. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 6 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal

Superior de Cali, en el abreviado de Lilian López vs. Luis Oscar Vergara. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con los testimonios y el hecho de no haber comparecido al proceso la demandada, se probó el abandono.* Sentencia del 7 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Daniel Enrique Arango Agudelo vs. María Idalba Galeano. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SOCIEDAD DE HECHO. *Entre concubinos. No se demostraron los elementos que la componen.* Sentencia del 8 de junio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Evicinda Parra Montoya vs. Neftalí Guerra. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. *Porte de correo del expediente. Cuando el recurrente no lo paga oportunamente, se declara desierto el recurso de casación que interpuso.* Auto del 9 de junio de 1983. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, en el proceso de Camilo Díaz Manrique y Gloria Stella Neira de Díaz vs. Jaime Cuenca Cadena. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

NULIDAD PROCESAL. *Por seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponde y por falta de jurisdicción.*

INCONSONANCIA. *Debe buscarse en la parte resolutive de la sentencia.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Confunde error de hecho con de derecho.* Sentencia del 9 de junio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Alvaro, Carlos Alberto y Lucía Caicedo Victoria vs. Ana Joaquina Salazar de Velásquez y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION. *No está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida.* Sentencia de junio 13 de 1983. Declara infundado el recurso propuesto contra la proferida por la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de Luis Alberto Cifuentes Lindarte vs.

Tobías Moreno Médina. Magistrado ponente: Doctor:...

CASACION. *Se incurrió en nulidad procesal al pretermitir el trámite previsto para la apelación de las sentencias.* Sentencia del 13 de junio de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso de Luis Ernesto Acosta Obando vs. Trabajos Especiales Agrícolas Ltda. (TEA). Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con la prueba testimonial se demostró el incumplimiento de los deberes de esposo del demandado.* Sentencia del 13 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de María Magdalena Palacio vs. Andrés José Ortega. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se encuentra reparo al análisis probatorio que hizo el Tribunal.* Sentencia del 13 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Jeremías Manrique Díaz vs. Yolanda Albadán Rojas. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se acreditan los hechos que tipifican la causal propuesta.* Sentencia del 14 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de José Narcés Montoya vs. Lyda Zuluaga. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Si la separación de hecho fue "por mutuo acuerdo" no hay abandono.* Sentencia del 14 de junio de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Enrique Rocha Reyes vs. María del Rosario Martínez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *El agente del Ministerio Público en la primera instancia se limitó a notificarse, lo que no equivale a ser oído.* Sentencia del 23 de mayo de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Blassina Gordillo vs. Germán Darío Ortiz. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandado a pesar de haber sido emplazado, no compareció al proceso.* Sentencia del 14 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso abreviado de Gloria Torres vs. Edilberto Ramos. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con la confesión del demandado se demostró el abandono que injustificadamente hizo de sus deberes.* Sentencia del 16 de junio de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Eugenia Abondano Castillo vs. Jaime Rodríguez Forero. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *La separación que se decreta es indefinida, no definitiva.* Sentencia del 16 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Rocio del Socorro Jabba vs. Germán Agudelo Uricoechea. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba documental se demostró la causal de separación alegada.* Sentencia del 16 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Ana María Arboleada vs. Jesús María Pino Restrepo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *No hay demanda en forma debido a que no se determinaron en forma concreta los hechos constitutivos de la causal alegada.* Sentencia del 20 de junio de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el abreviado de Armando Ardila Brujes vs. Juana García. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CASACION. *No se admite el recurso porque no se expresa la causal que se invoca sino únicamente el numeral del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.* Auto del 21 de junio de 1983. Declara desierto el recurso propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Julio César Torres vs. "Semillas del Llano Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe. Salvamento de Voto del doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Discrepancia de criterio entre los representantes del Ministerio*

Público en las instancias. Sentencia del 24 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Raquel Cardona vs. Antonio Vargas Abril. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Baullén.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se priva al demandado del ejercicio de la patria potestad, porque se agravaría su situación.* Sentencia del 24 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de María Elena Ariza vs. Francisco Marafioti Brunetta. Magistrado ponente: Doctor José María Esquerro Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró ninguna de las causales alegadas.* Sentencia del 24 de junio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Celmira Mora vs. Abdón Barrueto Siachoque. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Discreta autonomía del juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, prevalece, salvo error evidente.* Sentencia del 27 de junio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Angela López Jiménez vs. Luz Amparo López de Arango y Aldemar López Ospina. Magistrado ponente: Doctor José María Esquerro Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado, no se le priva de la patria potestad por no hacerle más gravosa la situación.* Sentencia del 4 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Elsa María Montaña vs. Arcenio Navarro. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *No se demostró el error evidente en que se dice incurrió el Tribunal.* Sentencia del 4 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Jesús Evelio Zapata vs. Lisandro Benavides. Magistrado ponente: Doctor...

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Se demuestra con un solo testimonio y el hecho del*

emplazamiento del demandado. Sentencia del 4 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Teresa Flórez Ramírez vs. José Franklin Pérez. Magistrado ponente: Doctor José María Esquerro Samper.

CASACION. *Los yerros en que incurra el fallador en la interpretación de la demanda constituyen la causal primera de casación y no la segunda.* Sentencia del 7 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso de Héctor Mera Calvaiche vs. Gloria Ma. Mera Zapata y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *El matrimonio ora civil ora eclesiástico como negocio jurídico fuente de estado civil debe registrarse ante el Notario de la ciudad donde se celebre. El registro ante un Notario que no corresponde no tiene validez alguna y por tanto no está legalmente probado el matrimonio.* Auto del 6 de julio de 1983. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Stella de Fonseca vs. Julio Armando Fonseca Borrás. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

DOCUMENTO PRIVADO. *Fotocopia. No se acepta la fotocopia autenticada ante Notario, del Certificado de la Superbancaria sobre existencia de la sociedad, por no estar en su poder el original. Además la sentencia la dictó un juzgado de circuito, luego la Corte no es la competente.* Auto del 6 de julio de 1983. Declara inadmisibles la revisión solicitada por el Banco Central Hipotecario de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de... Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

SEPARACION DE CUERPOS. *Quedó demostrada la causal segunda de separación.* Sentencia del 7 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Marta Cecilia Arias González vs. Bernardo Garzón. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

EXCEPCION PREVIA. *Apelación. No cabe el recurso de apelación contra el auto que acoge la excepción previa de incompetencia.* Auto del 12 de julio de 1983. Estima bien denegada la

apelación propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Armenia, en el proceso de Esther Espinosa de Vásquez vs. Luis Gonzalo Vásquez. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Conociendo la Corte en consulta no puede privar a la demandada de la patria potestad, por no incurrir en la reformatio in pejus.* Sentencia del 12 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Omar González vs. Nubia Domínguez. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No demostró la demandante que su abandono del hogar hubiese tenido justificación.* Sentencia del 12 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Hermelinda Quintero vs. Pastor Leal Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Se demostró con la prueba testimonial.* Sentencia del 12 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Zoraida Grimaldos vs. Francisco José Polanía Cabrera. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Se demostró con prueba testimonial.* Sentencia del 12 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Nubia Nini Muñoz vs. . . . Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Se demostró con prueba testimonial.* Sentencia de julio 12 de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Emilia Medina vs. Dionisio Espitia Cortés. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No había caducado la causal de relaciones sexuales que se invocó y se demostró.* Sentencia del 12 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de

Esther Rueda vs. José Olinden Cordero. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

REVISION. *El abogado que había sido apoderado de una de las demandadas, pretendió, sin su citación, adquirir por prescripción el bien que administraba.* Sentencia del 13 de julio de 1983. Declara la nulidad de lo actuado, en el proceso de Isabel Sánchez S. vda. de Ruiz Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Se demostró con prueba documental.* Sentencia del 13 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Luz Dari Nieto vs. Hernando Sánchez. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Se demostró con prueba documental.* Sentencia del 13 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Arnolia Londoño vs. Gustavo Angel Zapata G. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostró la causal de abandono alegada.* Sentencia del 13 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Marina Correa vs. Fabio Humberto Correa H. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No hay demanda en forma cuando sólo se enuncia la causal de separación sin determinar los hechos concretos que la constituyen.* Sentencia del 14 de julio de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Ricardo Castillo Lozano vs. Carmen Ligia Díaz. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SENTENCIA. *Error aritmético. Se refiere a todo lo relacionado con la aritmética, a la ciencia de los números y no sólo a las cuatro operaciones.* Auto del 14 de julio de 1983. Declara que incurrió en error. Proceso del Banco Cafetero vs. Féliez Salazar y Seguros La Libertad. Magistrado ponente: Doctor . . .

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró la causa petendi.* Sentencia del 14 de julio de

1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Jaime Aristizábal Ospina vs. Zenobia Rico. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 15 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Brenda Liliana Vargas vs. Arcesio Calvo Castaño. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

CASACION. Traslado. *Cuando los varios recurrentes están representados por un mismo apoderado, el traslado es común.* Auto del 15 de julio de 1983. Declara desierto el recurso interpuesto en el proceso de Mercedes Delgado de Cuevas vs. José del Carmen Aguilera y otra. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

INCONSONANCIA. *Debe buscarse en la parte resolutive de la sentencia.* Sentencia del 15 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Sociedad Televisine Ltda. vs. Alberto Acosta. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *El Tribunal examinó en forma acertada las pruebas de los elementos que la configuran en ejercicio de actividad peligrosa.* Sentencia del 19 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Luis Carlos Polanco Casadiego vs. Emiro López Tavera.

SEPARACION DE CUERPOS. *En relación con la causal 3ª basta que se presente uno de los hechos previstos, sin que sea reiterado, pero que revista la gravedad que contempla la ley.* Sentencia del 19 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Edelmira Serna Castaño vs. Mateo de Jesús Jaramillo Serna. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Constituye grave falla técnica, no acertar el censor quebranto de la ley sustancial.* Sentencia del 19 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Pedro Enrique Martínez y otros vs. Herederos de Pe-

dro Pablo Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

PROCESO DE ALIMENTOS. *Interpretación del artículo 2º de la Ley 83 de 1946.* Auto del 19 de julio de 1983. Decide conflicto de competencia, suscitado en el proceso de Nidia Aguirre de Villegas vs. Guillermo Villegas. Tribunal Superior de Cali. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 19 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Elizabeth Pereira vs. Eduardo Vicente Ramírez Herrera. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 21 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Leonor Salazar vs. Misael Antonio Galvis. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

ACCION REIVINDICATORIA. *De un automotor. El contrato no transfiere el dominio. Se requiera la entrega material y la inscripción del título en la oficina de tránsito correspondiente.* Sentencia del 21 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso de Carlos Roberto Sánchez vs. Fabio Elías Ramírez. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*. Salvamento de Voto del doctor *Jorge Salcedo Segura*. Antecedentes históricos del artículo 922 del Código de Comercio. No se demostró que fuese un contrato mercantil y la ley no ha establecido la autoridad competente ante quien deba hacerse el registro del título.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Técnica. No basta decir que la violación es directa o indirecta, se requiere que se "exprese" con claridad y precisión por cuál de las cinco causales monta el cargo, so pena que se declare desierto el recurso.* Auto del 23 de julio de 1983. NO REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso de Evelio Samuel Córdoba vs. Samuel Córdoba Alvarez y otros. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Grave e injustificado de los deberes de esposo.* Sentencia del 25 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Villavieco, en el proceso de Cecilia Rey vs. Luis Fernando Falla Cerón. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró la causal de separación alegada.* Sentencia del 25 de julio de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Agobardo Lasso Quintero vs. Aracely Montenegro Roa. Magistrado ponente: Doctor *Humerto Murcia Ballén*.

SOCIEDAD DE HECHO. *Además de la vida en común los concubinos colaboraron para la explotación de actividades productivas.* Sentencia del 25 de julio de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso de Blanca Ruth Castro Montealegre vs. Herederos de Antonio María Osorio Quintero. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 1º de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Néstor Enrique Pacheco Fontalvo vs. Lucina Raquel Sanjuán. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 1º de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de María Helena Herrera vs. Héctor Acosta Yepes. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró ninguna de las causales de separación alegadas.* Sentencia del 1º de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Plutarco Elías Lagos Díaz vs. Dalis Cristina Bolaños Molina. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada.* Sentencia del 2 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribu-

nal Superior de Bogotá, en el abreviado de Cecilia Obando vs. José de Jesús Hincapie. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 3 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de María de la Cruz Martínez Quintero vs. Ariel González Rangel. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Grave e injustificado por parte del demandado.* Sentencia del 3 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Leonarda Alfonso vs. Manuel Castillo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *En actividad peligrosa. Cuando se demanda a los guardianes o propietarios del vehículo no es menester demostrar el vínculo de subordinación que liga al conductor con ellos.* Sentencia del 3 de agosto de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso de Roberto Hernando Peña vs. César Soto, Angel Ceballos y José Santos Ortega. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *En la separación de hecho se debe estudiar quién propició dicha separación.* Sentencia del 3 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Ramiro Mejía vs. Perpetua Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *El solo adulterio no es motivo para considerar la insolvencia moral para el cuidado y educación de los hijos.* Sentencia del 3 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de Ismael Rivera Ramírez vs. María Eugenia Ruiz Rivera. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 4 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Félix María Morales Lenis vs. Ana Lilia Her-

nández. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

REVISION. *La Corte no tiene competencia para conocer de recursos de revisión contra sentencia de Juez de Circuito, la que está atribuida a los Tribunales Superiores.* Auto del 3 de agosto de 1983. Declara inadmisibile el recurso instaurado contra la sentencia proferida por el Juzgado de Magangué, por Flora Segunda Romero vda. de Mejía. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se consideró demostrado el adulterio con la partida de nacimiento de una niña cuya madre es la demandada y aparece reconocida por hombre distinto del esposo.* Sentencia del 4 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Isidro Fuentes Delgado vs. Gloria Bonilla. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

CASACION. Excepciones previas. *Se acepta este recurso extraordinario contra el auto que decidió la excepción previa de prescripción declarándola probada. No se admite cuando no se pone fin al proceso.* Auto del 4 de agosto de 1983. Admite el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Gustavo Hernández Amaya vs. Almacenes Ancla Jaramillo Angel y Cia. Ltda. y otros. Magistrado ponente: Doctor

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. El recurso de casación no es admisible contra autos anteriores a la sentencia de primera instancia. Se rompe el principio de la igualdad de las partes.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS HUMBERTO MURCIA BALEN Y ALBERTO OSPINA BOTERO. El auto que decide las excepciones previas, ya sea en forma positiva o negativa, no admite el recurso extraordinario de casación.

SEPARACION DE CUERPOS. *El abandono de sus deberes de padre conlleva la pérdida de la patria potestad.* Sentencia del 8 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Marina Rodríguez vs. Oliverio Arteaga. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 4 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Miguel Ladeus Méndez vs. Myriam Esther Barrios. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. *La "infidelidad moral" por pertenecer al fuero interno de las personas no tiene consecuencias jurídicas. Debe trascender a hechos materiales como ultraje.* Sentencia del 10 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso abreviado de Alicia Cardona Gaviria vs. Gilberto Piedrahita Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se encontraba caducada la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales del marido.* Sentencia del 11 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Emma Emilia Ordóñez vs. Alberto Rincón G. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACCION DE PERTENENCIA. *Análisis de la prueba testimonial.* Sentencia del 17 de agosto de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Manuel Antonio Sánchez Rubiano vs. José Ma. Córdoba y otros. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 17 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Paulina Moya vs. Modesto Rolong. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Deberes y obligaciones que adquieren los cónyuges con la celebración del matrimonio.* Sentencia del 17 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gladys Silva vs. Mario Ernesto Castro. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Análisis del primer elemento axiológico: el derecho de dominio en el demandante, sobre un inmueble. La escritura pública registrada y el certificado actual*

del registrador. Sentencia del 18 de agosto de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Uldarico Ruenes Díaz vs. Urbano Chavarro P. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Directa de una persona jurídica en ejercicio de actividad peligrosa.* Sentencia del 18 de agosto de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Engracia Prieto vda. de Hernández vs. Gaseosas Boyacá S. A. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El censor con-funde las concepciones del error de derecho y del de hecho.* Sentencia del 18 de agosto de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Luis Francisco Céspedes vs. Armando Gutiérrez Romero. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Se demostró con la confesión ficta o presunta de la demandada y un testimonio.* Sentencia del 18 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Héctor Iván García Trujillo vs. Flor de María Ruiz. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

JURISDICCION Y COMPETENCIA. *En los procesos ejecutivos. Cuando el título ejecutivo es un título valor se aplica la ley mercantil que atribuye eficacia jurídica y procesal al fuero contractual.* Auto del 18 de agosto de 1983. Define competencia en el proceso del Banco del Estado vs. Juan Fernando Ramírez y otra. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 23 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de María Dolores Galvis vs. Luis Alberto Soltys. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

LEVANTAMIENTO EMBARGO Y SECUESTRO. *Presupuestos necesarios para acoger la solicitud del Num. 6º del artículo 687 del Código*

de Procedimiento Civil: a) Que provenga de un tercero; b) que pruebe la posesión en el momento del secuestro y c) que no se haya decretado el remate. Auto del 23 de agosto de 1983. CONFIRMA el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Gloria Inés Trujillo vs. Darío Balén Luján. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando se decreta la separación de cuerpos la sociedad conyugal se disuelve sin necesidad de declaración expresa.* Sentencia del 24 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso de María Teresa Giraldo vs. Armando Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

JURISDICCION Y COMPETENCIA. *Conflicto especial de competencia en el proceso de sucesión del que conocen dos de distinto distrito judicial. Determinación del último domicilio del causante.* Auto del 24 de agosto de 1983. Define la competencia en el sucesorio de Enrique Restrepo Sierra. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. NULIDAD. *No es motivo de nulidad la simple circunstancia de que el secretario omite informar si el emplazamiento figura o no en el directorio telefónico. La nulidad no se produce por esa omisión, sino porque en caso de figurar inscrito, no se le envíe además copia del edicto emplazatorio.* Auto del 24 de agosto de 1983. Niega la nulidad solicitada para la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Luz Marina Córdoba vs. José Omar Criollo.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS JORGE SALCEDO SEGURA Y JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER. Aunque el emplazado no figure en el directorio telefónico es indispensable cumplir con el requisito de anotar esa circunstancia en el expediente, so pena que el emplazamiento sea deficiente.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 29 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Beatriz Avendaño vs. Rodolfo Bustamante. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se adiciona la sentencia para declarar disuelta la sociedad*

conyugal sin que esto implique reformatio in pejus. Sentencia del 29 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Lisbeth Angel vs. Rubén Darío Carvajal. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 29 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Joel Giraldo Orozco vs. Beatriz Cristina Camacho. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Se demostró con la prueba testimonial.* Sentencia del 30 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Maritza de León vs. Cesáreo Mahecha. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

ERROR DE HECHO. *Se demostró su ocurrencia en la interpretación de la demanda.* Sentencia del 30 de agosto de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Néstor Jamaica y María del Carmen Suárez de Jamaica vs. Ana Elvia Fernández de Chacón. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

ACLARACION DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS HECTOR GOMEZ URIBE Y ALBERTO OSPINA BOTERO. Se hace una aclaración en cuanto a la parte motiva.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO MURCIA BALLEEN. Análisis del contrato de Promesa. Considera que el contrato de promesa de permuta presentado, es nulo.

SEPARACION DE CUERPOS. *La demanda de separación de bienes instaurada por la esposa no justifica el incumplimiento del deber de cohabitación y de comunicación por parte del esposo demandado.* Sentencia del 30 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Gladys Arellano vs. Gustavo Jaramillo C. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER. Considera que sólo se demostraron dos facetas de la causal segunda y que se justifican humanamente, por haber solicitado el embargo de bienes la demandada.

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Grave e injustificado de los deberes de esposo y padre.* Sentencia del 30 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Rosa Cecilia Cuervo vs. Hamilton González Ramírez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. Inepta demanda. *No se expresan cuáles son los hechos constitutivos de los motivos de separación invocados ni se manifiesta cuándo o desde cuándo tuvieron ocurrencia.* Sentencia del 31 de agosto de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Constanza Eugenia Romero vs. Carlos González Olarte. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. *Los testimonios, aunque provienen de parientes, merecen credibilidad.* Sentencia del 31 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Elena Peña vs. Julio César Soto Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se demostraron los hechos constitutivos de la causal 3ª y no había caducidad.* Sentencia del 31 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Beatriz Rodríguez vs. Gil Armando Orozco Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *La identidad del demandado no ofrece ninguna duda por haber omitido en el edicto la letra S de su nombre.* Sentencia del 31 de agosto de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Carmen Cecilia Sánchez vs. Marcos Duarte. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA. Se emplazó a persona diferente del demandado, luego no se le respetó su derecho de defensa.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *No se señaló el conjunto de normas que inciden en el thema decidendum.* Sentencia del 1º de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribu-

nal Superior de Pereira, en el proceso de David Jaramillo Mejía vs. Ana Luisa Tabares de Montes y otros. Magistrado ponente: Doctor...

SENTENCIA. Aclaración. *Requisitos para que haya lugar a ella. No puede replantearse el litigio.* Auto del 6 de septiembre de 1983. Deniega Aclaración de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Alvaro, Carlos, Alberto y Lucía Caicedo Victoria vs. Ana Joaquina Salazar y otros. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

CONTRATOS. Interpretación. *Corresponde a la discreta autonomía del juzgador, salvo error evidente o manifiesto.* Sentencia del 6 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Joaquín Gómez Gómez vs. Rafael Villa Restrepo. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS. *La demandante a pesar de haber nacido en el Ecuador es colombiana por ser hija de nacionales colombianos.*

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO. Sentencia del 6 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso de María Blanca Yaguapaz vs. Herederos de Lucio Rueda Montenegro. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

REVISION. *De una sentencia declarativa de pertenencia, se deben citar como parte pasiva todos los que intervinieron en el proceso, inclusive "las demás personas indeterminadas" que se citaron al proceso.* Auto del 8 de septiembre de 1983. Declara inadmisión el recurso interpuesto por Heladería California Ltda. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos axiológicos de esta acción. Análisis de la prueba del dominio en la demandante.* Sentencia del 9 de septiembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso de Yolanda Arciniegas de Ferrucho vs. Guillermo Taylor. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se justificó por parte de la demandada el abandono del hogar.* Sentencia del 9 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jaime Iguarán vs. María Teresa Argüello. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 10 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Franco Legarda España vs. Marleny Echeverry. Magistrado ponente: Doctor...

SEPARACION DE CUERPOS. *Indicio grave en contra del demandado el hecho de no haber concurrido al proceso.* Sentencia del 10 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Myriam Galeano vs. Gerardo de Jesús García. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

MEDIDAS CAUTELARES. *En procesos de separación de cuerpos. No pueden ser embargados ni secuestrados los bienes propios del cónyuge. Las prestaciones sociales, sólo en un 50%.* Auto del 19 de septiembre de 1983. CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Diana Lucía Vásquez vs. Carlos Elías Arango Botero.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA. Los Tribunales y la Corte carecen de competencia para decretar medidas cautelares en los procesos de separación de cuerpos de matrimonios canónicos.

SEPARACION DE CUERPOS. *En tratándose de la causal de abandono la caducidad no se cuenta desde cuando empezó este, sino desde cuando termine esa situación.* Sentencia del 14 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Clara Mercedes Polo vs. Víctor Pavía Colina. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con relación a los ultrajes y trato se deben establecer dos aspectos: a) que el ultraje constituya trato cruel con relación a las condiciones del sujeto pasivo demandante y b) que pongan en peligro la vida o la integridad del cónyuge o los hijos.* Senten-

cia del 14 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Hugo Roberto Lozano vs. Adelaida Villanueva. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

CAPACIDAD PROCESAL. *La persona natural, el individuo de la especie humana, deja de ser persona para el derecho desde el preciso momento en que fallece. Para efectos patrimoniales lo representan sus herederos.*

DEMANDA. *Contra herederos indeterminados. Es indispensable que se trate de un proceso de conocimiento, que se afirme en la demanda que el proceso de sucesión no se ha iniciado y se manifieste que se ignora el nombre de los posibles herederos. Si no se hace, no hay demanda en forma.* Sentencia del 15 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso de Marco Antonio y Leticia Rebeca Lora vs. José Nicolás, Antonio R., María Luisa, Lucina, Carmen y Elena Lora Gómez ya fallecidos. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA. *Discrepa de la parte motiva, pues considera que los demandantes sí actuaban como herederos de sus padres y no demostraron esa calidad.*

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostró la causal de separación invocada.* Sentencia del 16 de septiembre de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Loreley del Socorro Gil Calle vs. Manuel Salvador López Q. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

REVISION. *La colusión comporta un acuerdo en daño a un tercero. La maniobra fraudulenta no conlleva acuerdo. Por sí solas no constituyen conductas: que el apoderado deje de alegar en segunda instancia y que no interponga casación.* Sentencia del 16 de septiembre de 1983. DECLARA INFUNDADO el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Valledupar en el proceso de Benita Ortega vda. de Trigos y José Trigos O. vs. Pablo Trigos O. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Grave e injustificado de los deberes de esposo y pa-*

dre. Sentencia del 19 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Yolanda Ehrart vs. Marcial Rueda Ramírez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se mantiene la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 19 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Arnulfo León Vélez Melo vs. . . . Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Inepta demanda. No se expresa cuáles son los hechos constitutivos de la causal, ni menos se manifiesta cuándo o desde cuándo ocurrieron.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Riohacha, en el abreviado de Fanny Abello Yepes vs. José Segundo Suárez Cuello. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

ACCION REIVINDICATORIA. *Análisis de la prueba del dominio en cabeza del demandante.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rafael Casallas vs. Clodoveo Mancera. Magistrado ponente: Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*.

FILIACION NATURAL. *Análisis de la prueba de la posesión notoria del estado de hija.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Mónica Morales vs. María Ligia Restrepo de Duque y otros. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

DEMANDA. *Interpretación. Cuando no es muy clara es menester determinar, por medio de una interpretación lógica, razonable y jurídica su sentido no sólo teniendo en cuenta cada uno de sus puntos particulares, sino haciendo un examen global más general y de conjunto, de manera que se conozca el propósito cierto de quien ejerce la acción.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Alfredo y Gonzalo Salas Caicedo vs. Sociedad Agropecuaria La Primavera Ltda. y otros. Magistrado ponente: Doctor . . .

CASACION. *Errores de técnica en la formulación de los cargos.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Rodrigo Olaya vs. Transportes Ortega Ltda.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA. El servicio público de transporte. Crisis de la autonomía de la voluntad. La legitimación en causa activa cuando ha habido cesión del contrato. La tradición de los vehículos automotores.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El concepto de violación directa implica absoluta conformidad con el análisis de las pruebas. El de violación indirecta, cuando hay yerros de hecho o de derecho por equivocada apreciación de los medios probatorios.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de José de Jesús Prada Serrano vs. Urbanizadora Colseguros de Santander S. A.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA. Técnica de casación. Mal puede ser el cargo por vía indirecta cuando en la demanda de casación no se hace referencia a ninguna prueba.

PROCESO. Nulidad. *Se incurre en ella cuando el abogado de una de las partes es suspendido en el ejercicio de la profesión y cuando para alegar no se corre el término completo. Pero se sana la nulidad si no se alega oportunamente y no amerita casación.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Gustavo Lugo y otros vs. Herederos de Victoriano Lugo. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

PATRIA POTESTAD. Sobre el hijo extramatrimonial. Artículo 14 Ley 45/36. *La patria potestad antes era atributo sólo de la familia legítima. Sobre el hijo natural la ejercía solamente la madre, luego el hijo no era hijo de familia de su padre natural y la venta entre ellos, por tanto, es válida.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de José Antonio Lombana vs. Marta Patricia Lombana B. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

DEMANDA. Interpretación. *El tribunal incurrió en evidente error al interpretarla.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Inepta demanda por no haber dado cumplimiento al artículo 76 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso de Iván Carlos Pupo Villa y otra vs. Oscar Pupo Daza y otros. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Ya no existe objeto ilícito en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga. Lo dispuesto en el artículo 1929 del Código Civil es aplicable a la promesa de contrato.* Sentencia del 20 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Herederos de Aida Dorronsoro de Tello vs. Asnorald Escandón y Mariela Martínez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA. Técnica de casación. Si el recurrente comparte el análisis probatorio del fallo de instancia, el cargo debe ser necesariamente por vía directa.

CASACION. Técnica. *Fallas de técnica en la formulación de los cargos.* Sentencia del 21 de septiembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Hernando Duque Arango y Luz Upegui de Duque vs. Construcciones Murilog Ltda. e Inalog Ltda. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

ALIMENTOS. Competencia. *Es el juez dentro de cuya jurisdicción territorial se encuentra la residencia del menor demandante a quien incumbe conocer de las demandas por alimentos.* Auto del 28 de septiembre de 1983. Competente Bogotá. Proceso de Sara Hortencia Duque vs. Moisés Morales. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

COMPETENCIA. En razón del domicilio. *En Colombia tanto para las personas naturales como para las jurídicas rige el principio de la pluralidad de domicilios. La expresión "domicilio principal único" no excluye la pluralidad de domicilios no principales.* Auto del 29 de septiembre de 1983. Dirime el conflicto de competencia suscitado en el proceso de Luis Jaime

López Zuluaga y otra vs. CORPAVI. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO OSPINA BOTERO. La ley reglamentó de manera diferente la competencia para las sociedades privadas y para las sociedades de economía mixta, y las reglas de competencia de la una no se pueden aplicar a la otra, puesto que para las sociedades del Estado opera el factor subjetivo.

SEPARACION DE CUERPOS. *Ineptitud de la demanda por no señalar en forma concreta los hechos constitutivos de la causal alegada.* Sentencia del 5 de octubre de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José del Carmen Bayona Cabeza vs. Gloria Pérez Camargo. Magistrado ponente: Doctor *Horacio Montoya Gil*.

PRUEBA. Testimonios. *Su poder demostrativo se examina en función de ser las declaraciones responsivas, exactas y completas.*

FILIACION NATURAL. *En el regimen probatorio en esta materia no puede exigirse un criterio tan severo que haga irrealizable su comprobación judicial.* Sentencia del 10 de octubre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso de Myriam y Miguel Angel Gutiérrez vs.... Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SOCIEDAD. Disolución y liquidación. *En el proceso se distinguen dos etapas y cada una concluye con sentencia. Sólo es susceptible de casación, la que aprueba la partición. La que declara la disolución y ordena la liquidación no es susceptible de este recurso.* Auto del 10 de octubre de 1983. Declara bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Elke Brigitte Windgassen de Márquez vs. Jorge Arturo Márquez Acosta. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SEPARACION DE CUERPOS. Abandono. *Se demostró con prueba testimonial y se corrobora con la no comparecencia del demandado al proceso.* Sentencia del 21 de octubre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de María Giraldo Cárdenas vs. José Hoover Henao Valencia. Ma-

gistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia, pues las causales invocadas en la demanda son las de la Ley 1ª/76 y no las del Derecho Canónico.

ESTADO CIVIL. Características. *Su indivisibilidad impide tener más de uno derivado del mismo hecho. Su prueba. Reconocimiento del hijo natural en el registro civil. El juez civil no puede invalidar una partida eclesiástica.* Sentencia del 24 de octubre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Manuel Adán Jiménez Gutiérrez vs. Carlos Mario Jiménez Salazar o Tobón Salazar. Magistrado ponente: Doctor *José María Esquerro Samper*.

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO. *Ambos conducen a la violación de la ley sustancial, pero, entre ambos existen muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad propias y que impiden confundirlos.* Sentencia del 24 de octubre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de José Alirio Riveros Guiza vs. Pedro Galindo Cobos. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

REVISION. Causal Primera. *Requiere tres requisitos: a) prueba documental encontrada después de proferida la sentencia, b) imposibilidad absoluta de aducirlo, c) documento decisivo para el caso.* Sentencia del 26 de octubre de 1983. Declara infundado el recurso interpuesto por Luis Eduardo Jiménez López contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CONTRATO DE TRANSPORTE. *Legitimación para pedir indemnización en caso de extravío de la mercancía artículo 1031 Código de Comercio obligación a cargo del transportador y a favor del remitente o del destinatario, según a cuál de ellos corresponda la propiedad de la mercancía en el momento de la pérdida. El contrato es uno solo aun cuando haya varios destinatarios.* Sentencia del 26 de octubre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de PINTUCO

S. A. vs. Transportes Rafael Salazar S. A. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. A la acción indemnizatoria tiene derecho quien haya sufrido el perjuicio, sea el remitente, el destinatario o un tercero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Los testimonios que son solo de oídas no demuestran la causal invocada.* Sentencia del 26 de octubre de 1983. **REVOCA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Elda Marina Pardo vs. Silvestre Jerez Vargas. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. El proceso es nulo por falta de competencia, pues las causales invocadas en la demanda son las de la Ley 1ª/76 y no las del derecho canónico.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 31 de octubre de 1983. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Irene Velásquez vs. Luis Alejandro Gamboa Pérez. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 31 de octubre de 1983. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Roso Cuadros Sierra vs. Mercedes Mora. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 2 de noviembre de 1983. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de María del Carmen Sepúlveda vs. Luis Alberto Pinzón. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 2 de noviembre de 1983. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abre-

viado de Consuelo Mejía Zuluaga vs. Hugo Ancisar Betancour. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

REVISION. Término para prestar la caución. *Como la ley no lo fija, lo fija el juez; si no se presta, se inadmite el recurso.* Auto del 2 de noviembre de 1983. Mantiene la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Elena Prada Esquivel. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Como no hay término legal, el término que tiene el recurrente para prestarla es hasta cuando se venza el término del artículo 381 del Código de Procedimiento Civil.

ACCION REIVINDICATORIA. *Se demostraron los elementos axiológicos de esta acción.* Sentencia del 2 de noviembre de 1983. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Phidia Investment Anstalt vs. Isabel Medina de Herrera. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

ACCION REIVINDICATORIA. *El demandante y el demandado estaban ligados por un contrato de promesa de compraventa que impide la prosperidad de esta acción.* Sentencia del 3 de noviembre de 1983. **CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso de Joselín Pérez vs. José Miguel Cárdenas. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

FILIACION NATURAL. *La sentencia produce efectos erga omnes, únicamente cuando se ha dictado frente al presunto padre. No los tiene cuando se dicta frente a sus herederos y cónyuge.* Sentencia del 3 de noviembre de 1983. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Diva Rodríguez y Mariña Góngora de Ramírez vs. Herederos indeterminados de Eustorgio Arias. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Salcedo Segura*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la ocurrencia de la causal invocada.* Sentencia del 7 de noviembre de 1983.

CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de Gloria Inés Mosquera vs. Jaime Orlando Achicanoy. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con un solo testimonio calificado se demostró la causal de abandono.* Sentencia del 8 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Aida Zúñiga vs. José I. Zapata Duque. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal de separación invocada.* Sentencia del 8 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rubén Darío Peña Ramírez vs. Margarita Patricia de Bedout. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Los tres conceptos. Se excluyen entre sí frente a un mismo medio de prueba.*

INTERDICCION JUDICIAL. *La interdicción provisoria, pone en incapacidad absoluta provisional al interdicto.* Sentencia del 10 de noviembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el proceso de José Ricardo Abrajín Cortés vs. SANTAELLA HERMANOS LTDA. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CASACION. *Requisitos formales de la demanda en especial cuando se invoca la causal primera.* Auto del 10 de noviembre de 1983. Niega la reposición propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de José Guillermo Velásquez vs. Edelmira Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

ESTIPULACION PARA OTRO. *Ese otro adquiere los derechos desde el momento de la*

celebración del contrato, pero se requiere de su aceptación expresa o tácita para que el acto adquiera firmeza y no pueda revocarse.

CONDICION RESOLUTORIA. *Al tener esta y su consiguiente acción la calidad de patrimoniales, y que sólo miran el interés particular del renunciante, cuya renuncia no está prohibida, se puede renunciar a ella.* Sentencia del 10 de noviembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Elvira Guerrero de Montezuma vs. Gabriel Calderón, Granahorrar y otros. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Los testimonios recibidos son responsivos, exactos y completos.* Sentencia del 10 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Juana Jeannette Deysi Uribe O. vs. Jaime Pérez Perdomo. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró la causal invocada.* Sentencia del 14 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Oneida Valencia vs. Alvaro Antonio Giraldo B. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

CASACION. Interposición. *Cuando el Tribunal confirma totalmente la sentencia de primer grado, quien no apeló no puede interponer el recurso de casación.* Auto del 15 de noviembre de 1983. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Emperatriz Alvarez vs. Marcos Aldana Casas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono por parte del demandado, se demostró con prueba testimonial.* Sentencia del 15 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María

del Carmen Mojica vs. Hernando Orozco. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

NULIDAD PROCESAL. Num. 4º. Artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. *Sólo se incurre en ella cuando un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él.* Auto del 15 de noviembre de 1983. Deniega la nulidad propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Las sentencias negativas de separación de cuerpos o de bienes no hacen tránsito a cosa juzgada, porque pueden variar los hechos o motivos alegados antes.* Sentencia del 15 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Luz Dary de Jesús Hoyos vs. Guillermo Marín Díaz. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se denegó la separación porque el actor no demostró que el abandono de su esposa hubiese sido injustificado.* Sentencia del 15 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Onzaga Rodríguez Chacón vs. Ana Isabel Lucero Castro. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró el grave e injustificado abandono de los deberes de esposo.* Sentencia del 15 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Clara Fierro vs. Isauro Aranzales Chaves. Magistrado ponente: Doctor *José María Esguerra Samper*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Carga de la prueba. *La afirmación del abandono del hogar no tiene el carácter de negativa indefinida que releve al actor de su demostración.* Sentencia del 16 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Jaime Millán Zuluaga vs. Luz Amparo González. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Corrobora el abandono el hecho de la no comparecencia de la demandada al proceso.* Sentencia del 16 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Víctor Manuel Martínez vs. Zenaida Cifuentes. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se demostraron las causales de separación alegadas.* Sentencia del 16 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Olivia Pulgarín vs. Eccehomo Gómez Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 16 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Anunciación Sandoval vs. Crispín Trujillo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SOCIEDADES. *Impugnación de actos o decisiones de la asamblea de accionistas. Aunque la demandada es la sociedad en la sentencia se puede hacer referencia a socios o terceros.* Sentencia del 17 de noviembre de 1983. Declara infundado el recurso interpuesto por Rafael Darío Rolón y otros contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

NULIDAD PROCESAL. *No se puede solicitar nulidad con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional, sino únicamente por los motivos concretos de nulidad previstos en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Atacar una sentencia simultáneamente por los dos conceptos de violación, directa e indirecta, resulta antitécnico.* Sentencia del 22 de noviembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Celio A. Villalba Corbacho vs. Distribuidora Atenas Suscripciones Ltda. Magistrado ponente: Doctor . .

CONTRATOS. *Nulidad. Nulidad absoluta y nulidad relativa. Saneamiento. El término de cuatro años se duplica para las personas jurídicas.* Sentencia del 24 de noviembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el proceso de La Coquera Ltda. vs. Municipio de Santa Marta. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Mientras subsista la situación de abandono el cónyuge inculcado está incurriendo en el quebranto de la causal.* Sentencia del 24 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Hernando Realpe vs. Luz Dary Cifuentes. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

CARGAS PROCESALES. *Algunas son de carácter pecuniario como el pago del porte del correo del envío del expediente y su no cumplimiento oportuno conlleva a inadmitir el recurso de casación.* Auto del 24 de noviembre de 1983. Inadmite el recurso propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de Natalia González Esteban vs. Jaimes & Rodríguez Ltda. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 24 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Jairo Cuesta Rodríguez vs. María Cristina Fandiño. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

PRESCRIPCION DE ACCIONES. *Su reglamentación antes del Código de Procedimiento Civil actual. Su preceptiva legal actual. La interrupción.* Sentencia del 24 de noviembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de sucesión de Marco A. Caballero vs. Sucesión de Santos Aurelio León. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Los testimonios recibidos son responsivos, exactos y completos.* Sentencia del 25 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Carola Santamaría vs. Eduardo Carrasco Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *La separación de cuerpos permitida es de carácter indefinido y no "definitivo".* Sentencia del 25 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Arsenia González Quintero vs. Abraham Rodríguez Mercado. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. *La culpa de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad.*

CASACION. *Preceptiva técnica. La violación de la ley sustancial en la modalidad de interpretación errónea presupone que dicha norma si haya sido aplicada y en la de falta de aplicación, que la norma si ha debido ser aplicada al caso concreto.* Sentencia del 28 de noviembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de José Luis López Orozco y otros vs. Bedoya & Cia., Flota Granada S. C. A. y Marco Tulio Aristizábal. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

SUCESION. *Partición. Carece de interés para interponer el recurso de casación quien no objetó el trabajo de partición.*

TESTAMENTO. *El error de hecho en su interpretación para que pueda prosperar en casación debe ser manifiesto y trascendente.* Sentencia del 30 de noviembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso de sucesión de Alfredo Ospina. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. *La Actio in rem verso. Se precedió un acto jurídico, llámesele como quiera o defectuoso, el desplazamiento de los bienes del demandante a la de la demandada tiene una causa jurídica que impide hablar de enriquecimiento torticero.*

CONTRATO. De obra pública. *Dentro de la teoría general del contrato administrativo, el contrato de obras públicas es el contrato administrativo por excelencia y por tanto, no obstante los defectos en su celebración, de las controversias que se susciten conoce la Justicia de lo Contencioso Administrativo.* Sentencia del 5 de septiembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Luis Jaime Sánchez Penagos vs. Municipio de Sutatenza. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Para efectos de la reparación del daño se debe tener en cuenta el pago parcial hecho por un tercero, el que debe descontarse del monto total.* Sentencia del 5 de diciembre de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Daniel Suárez Hernández y Edilma Celly de Suárez vs. Transportes Urbanos Samper Mendoza - Buses Blancos S. A. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

CARGA PROCESAL. Pecuniaria. *El deudor de costas liquidadas y aprobadas, puede interponer el recurso de casación y se le puede conceder, pero no se le puede oír para admitirle el recurso.* Auto del 6 de diciembre de 1983. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Luis Alberto Salazar vs. Rosa Ruiz y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono. Grave e injustificado de los deberes de esposo y padre.* Sentencia del 9 de diciembre de 1983.

CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Martha Esmeralda Ballesteros vs. Carlos Eduardo Pardo Zerda. Magistrado ponente: Doctor Horacio Montoya Gil.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 12 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Amparo Morales vs. Javier Ramírez Arango. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con un testigo calificado se demostró la causal de malos tratos.* Sentencia del 12 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Alicia Cardona vs. Fernelly Enrique L. Magistrado ponente: Doctor...

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

INCONSONANCIA. *No es esta la causal de casación que ocurre cuando se afirma que el sentenciador interpretó mal el petitum de la demanda.*

PRUEBA. Documento privado. *Requisitos que deben cumplir las copias o fotocopias que se allegan a un proceso para que tengan valor probatorio.*

CONTRATO DE PROMESA. *La Corte reitera jurisprudencia según la cual el requisito de fijar la fecha para la celebración del contrato no se cumple cuando se subordina a un plazo o a una condición indeterminados.* Sentencia del 12 de diciembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Alfredo Albán Chaves vs. Nancy Portela de Otálora. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *No se acreditaron las causales de separación alegadas.* Sentencia

del 12 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Berenice Rivas vs. Alfredo Navarro González. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 12 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Martha Lucía Villegas vs. Adolfo Salazar Ciro. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

CASACION. Preceptiva técnica. *Diferencias entre la demanda común y la demanda de casación. No basta denunciar en el cargo violación directa de ley sustancial, debe expresar con precisión y claridad por cuál de las cinco causales monta el cargo.* Auto del 13 de diciembre de 1983. Niega la reposición solicitada por el recurrente frente al auto del 12 de los corrientes. Magistrado ponente: Doctor Horacio Montoya Gil.

ACCION RESOLUTORIA. *Emanada de la condición resolutoria tácita. Requisitos.*

CONTRATO. Nulidad. *Absoluta y relativa. Requisitos para la declaración oficiosa de nulidad.*

PROMESA DE CONTRATO. *Cómo se cumple la exigencia de la determinación del bien cuando se promete transferir el dominio.* Sentencia del 13 de diciembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Jorge Armando Rodríguez Riaño vs. Alfonso León y Yolanda Fandiño. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Lamenta que la Corte en este fallo se haya apartado de la tesis del mutuo disenso.

ACCION REIVINDICATORIA. *Para la prosperidad de esta acción se requiere que el demandante presente título de propiedad anterior a la iniciación de la posesión o del título del demandado.* Sentencia del 13 de diciembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Carlos Fonrodo-

na Eslava vs. Rafael Vanegas Vanegas. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 14 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Clara Inés Valencia vs. Arnobio Orrego Pérez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

AMPARO DE POBREZA. *Ayuda, en la medida de lo posible a mantener el principio de igualdad de las partes. La prueba no puede ser muy exigente.* Auto del 14 de diciembre de 1983. Concede el amparo solicitado por Carmen Alonso de Rodríguez y otros. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura.

VEHICULOS AUTOMOTORES. *La compraventa de vehículos automotores no es un contrato real que se perfeccione por la tradición de la cosa vendida, sino un contrato consensual, generador de la obligación a cargo del vendedor de hacer tradición de dicha cosa.* Sentencia del 14 de diciembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso de Alvaro Aranguren Díaz vs. Cía. Autocolonial S. A. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con prueba testimonial se demostró el abandono del hogar por parte del demandado.* Sentencia del 14 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María del Carmen Vega vs. Guillermo Padilla Millán. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

ACCION REIVINDICATORIA. *Cuando demandante y demandado están ligados por un contrato de promesa de compraventa, resulta totalmente improcedente desconocerle sus efectos y acudir a esta acción que por lo mismo no puede prosperar.*

PROMESA DE CONTRATO. *El artículo 89 de la Ley 153 de 1887 emplea el vocablo "época en su aceptación tecnológica de instante o momen-*

to, esto es, de un breve espacio de tiempo que sirve de referencia para calcular o medir la duración del mismo tiempo. No puede hacerse uso de un plazo o de una condición de carácter indeterminado. Sentencia del 14 de diciembre de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Sucesores de Inés Pardo vda. de Rey vs. Istvan Barai. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Validez de las promesas de celebrar contrato que contiene una condición. El significado de la palabra época. De cómo la categoría de condición indeterminada no existe en la legislación colombiana. Cómo entendió la Corte la condición indeterminada en 1965 y cómo la entendió ahora. La acción reivindicatoria es pertinente cuando han fracasado las personales.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con el testimonio responsivo, exacto y completo del deponente y la no comparecencia del demandado, quedó demostrado el abandono.* Sentencia del 14 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Edilma Pacheco Martínez vs. Aníbal

Sterling Muriel. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia del 14 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Alvaro Méndez vs. María Magdalena Triana. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía.* Sentencia del 14 de diciembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Luis Alfonso Durán Pinzón vs. Argenis Carvajal. Magistrado ponente: Doctor *Humberto Murcia Ballén*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE SALCEDO SEGURA. Nulidad del proceso por falta de competencia.

INDICE ALFABETICO

| | Pág. | | Pág. |
|---|------|---|------|
| A | | | |
| Acción de pertenencia, formas procesales ... | 104 | reforma y adición ... | 157 |
| intervención del título ... | 178 | Desvalorización de la moneda (ver Corrección monetaria) | |
| efectos <i>erga omnes</i> ... | 171 | Dictamen pericial, con inspección judicial ... | 64 |
| Acción resolutoria, compraventa mercantil ... | 28 | E | |
| "A sabiendas" ... | 59 | Error común creador de derechos ... | 149 |
| B | | | |
| Buena fe ... | 130 | Error de hecho, error de derecho ... | 64 |
| C | | | |
| Capacidad jurídica ... | 171 | Escritura pública, otorgamiento y valor probatorio ... | 82 |
| Carta de crédito, literalidad ... | 259 | nulidad ... | 23 |
| Casación, sentencias que la admiten ... | 226 | Estado civil, características ... | 213 |
| causal 1º errores ... | 64 | H | |
| causal 1º falta de aplicación ... | 96 | Herencia, aceptación ... | 49 |
| causal 1º por omisión ... | 259 | Hijo natural (ver Paternidad natural) | |
| Compraventa mercantil, resolución ... | 28 | Huella dactilar en escritura pública ... | 23 |
| Condición (ver Plazo y condición) | | I | |
| Contrato de transporte ... | 203 | Identidades procesales ... | 12 |
| interpretación ... | 112 | Inspección judicial, con dictamen pericial ... | 64 |
| Corrección monetaria ... | 59 | L | |
| corrección monetaria ... | 189 | Lesión enorme ... | 230 |
| Cosa juzgada, identidades procesales ... | 12 | N | |
| D | | | |
| Demanda, en forma (separación de cuerpos) | 56 | Notario (ver Escritura pública) | |
| inscripción ... | 130 | Nulidad escritura pública ... | 23 |
| | | por falta de emplazamiento ... | 104 |
| | | saneamiento ... | 49 |

| | Pág. | | Pág. |
|--|------|--|------|
| P | | | |
| Paternidad natural, posesión notoria | 161 | declaración de renta | 178 |
| Partida eclesiástica, invalidación | 213 | de la paternidad natural, principios que la gobiernan | 241 |
| Perjuicios, condena y liquidación | 250 | R | |
| Permuta | 112 | Reajuste monetario (ver Corrección monetaria) | |
| Plazo y condición | 112 | Recursos, clasificación | 255 |
| Posesión, derivada de tenencia | 178 | preclusión | 7 |
| notoria del estado de hijo | 161 | Responsabilidad, clases | 72 |
| (ver Paternidad natural) | | Revisión | 7 |
| Preclusión, recursos | 7 | S | |
| Prescripción extintiva, excepción | 49 | Sentencia, revisión | 7 |
| Prestaciones mutuas | 112 | Separación de cuerpos, demanda en forma . . | 56 |
| Pretensiones, acumulación | 230 | incompetencia | 37 |
| Proceso contra persona fallecida | 171 | Simulación, efectos | 130 |
| divisorio | 12 | Sociedades, disolución y liquidación | 226 |
| Promesa de contrato | 112 | Súplica | 255 |
| de permuta | 112 | T | |
| Prueba, apreciación racional | 189 | Tenencia, interversión del título | 178 |

PROVIDENCIAS PUBLICADAS

1983

Pág.

Pág.

REVISION. *Sólo puede ejercitarse una sola vez sobre la misma sentencia. Definida negativamente la revisión de un fallo, este se torna inmutable e irreversible. Los efectos de la preclusión por consumación son aplicables a este recurso extraordinario como a los otros medios de impugnación.* Auto del 18 de enero de 1983. Declara inadmisibile el recurso interpuesto por Alveiro Masso Correa contra la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en el ordinario adelantado por Rosa Maria Campo de Calero contra la Sociedad "Predios y Ganados Ltda. —Preganados—". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. 7

de nulidad absoluta, declarable de oficio cuando se ha integrado cabalmente el contradictorio. Sentencia del 25 de enero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el ordinario promovido por Segunda Palacios Mena y otros vs. Isabel Rentería García. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga. Aclaración de Voto del Magistrado doctor José María Esguerra Samper. 23

COSA JUZGADA. *No está vinculada exclusivamente a la sentencia sino también al auto interlocutorio que decide definitivamente una controversia. Identidades procesales que constituyen la cosa juzgada: de cosa pedida, de razón y de personas.*

COMPRAVENTA MERCANTIL. *Resolución del contrato. El Código de Comercio la reglamenta en forma distinta a la resolución en materia civil. La pretensión prevista en el artículo 948 del Código de Comercio es contentiva del aniquilamiento del contrato, o sea, de una auténtica acción resolutoria. Puede ser total o parcial. Su trámite corresponde al procedimiento abreviado.* Sentencia del 9 de febrero de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario adelantado por Fabiola Gómez Pérez vs. Pedro Nel Sánchez Piza. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Salvamento de Voto del Magistrado doctor Jorge Salcedo Segura. 28

PROCESO DIVISORIO. *En el proceso divisorio la providencia que resuelve sobre oposición, excepciones o lo atinente a mejoras, aunque formalmente es un auto, por su contenido equivale a una sentencia y constituye expresión definitiva de la voluntad de la ley.* Sentencia del 24 de enero de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario instaurado por Jairo Díaz Hernández vs. Bernardo Díaz Hernández. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. 12

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La Corte no encuentra ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado en el proceso.* Sentencia del 18 de febrero de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de José Antonio Rueda Serrano vs. María del Carmen Rueda de Rueda. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. Salvamento de Voto del Magistrado doctor José Salcedo Segura. De cómo en los procesos de separación de matrimonios católicos de que en virtud del Con-

ESCRITURA PUBLICA. *Nulidad. La falta del requisito formal del Instrumento Público consistente en no haberse tomado la huella dactilar del compareciente que no sabe o no puede firmar, constituye vicio*

- cordato conocen los Tribunales y la Corte únicamente se pueden invocar causales canónicas sin medidas cautelares. . . . 37
- PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.** *El saneamiento de la nulidad por el transcurso del tiempo no es otra cosa que la prescripción extintiva de la acción y esta debe alegarse como excepción en forma oportuna y expresa, ya que no es susceptible de declaración oficiosa.*
- HERENCIA.** *Aceptación. La manifestación expresa de aceptación de los hechos consignados en el libelo donde se cita a los demandados en su calidad de herederos universales del de cujus que contrató, constituye acto válido de aceptación de la herencia.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Mariela Franco de Guzmán vs. Carlos Enrique Lizarazo y otros. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper. . . . 49
- SEPARACION DE CUERPOS.** *Demanda en forma. No le basta al demandante limitarse a enunciar alguna o algunas de las causales legales de separación, sin referir los hechos concretos constitutivos de dicha causal o causales y el tiempo en que ocurrieron.* Sentencia del 15 de marzo de 1983. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Alirio Gómez Quintero vs. Marina Pérez Quintero. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura. . . . 56
- CORRECCION MONETARIA.** *La devolución de sumas de dinero a que diere lugar la sentencia que declara nulo un contrato debe hacerse con el consiguiente ajuste que resulta de la desvalorización de la moneda por razón del tiempo transcurrido entre el recibo de dichas sumas y su restitución. Para tal efecto se tendrá en cuenta el índice anual del costo de la vida.*
- "A SABIENDAS".** *Significado y alcances de esta expresión.* Sentencia del 24 de marzo de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por Clara y María Beatriz Ortiz Barreto y Emma Ortiz de Rodríguez vs. Gustavo Caicedo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. . . . 59
- CASACION. VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Error de hecho y error de derecho. Diferencias entre estas dos especies de errores en la apreciación de la prueba, que impide confundirlos.*
- INSPECCION JUDICIAL. DICTAMEN PERICIAL.** *Son dos medios de prueba diferentes y es distinta la prueba que resulta de cada uno de ellos.* Sentencia del 18 de mayo de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el ordinario de Augusto García García vs. Lázaro Antonio Rodríguez Cifuentes. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. . . . 64
- RESPONSABILIDAD. CLASES. CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.** *Varias especies de esta. Un mismo hecho puede tipificar diferentes especies de responsabilidad, con sus consecuencias de todo orden, especialmente en cuanto a la legitimación en causa activa y pasiva.* Sentencia del 21 de mayo de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Lisandro Sánchez Suárez vs. Darío Maya Botero. Magistrado ponente: Doctor Jorge Salcedo Segura. Salvamento de Voto de los Magistrados doctores Humberto Murcia Ballén y Alberto Ospina Botero. . . . 72
- ESCRITURA PUBLICA. Otorgamiento y valor probatorio.** Sentencia del 13 de junio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de "CINE COLOMBIA S. A." vs. "INVERSIONES MALIBU LTDA." y otra. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. . . . 82
- CASACION. VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Falta de aplicación. En qué consiste este concepto de violación. Se puede hacer actuar el precepto aplicable al caso controvertido sin citarlo expresamente en el fallo. A la Corte no le es dado completar cargos deficientemente formulados ni variar el concepto de la violación.* Sentencia del 24 de junio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Cecilia Bustaman-

| | Pág. | Pág. |
|---|------|--|
| te Medina vs. Amelia Moreno Acero. Magistrado ponente: Doctor <i>Humberto Murcia Ballén</i> | 96 | rio de Luis Ignacio Corral Lloreda vs. Romelia Corral de Rojas y otros. Magistrado ponente: Doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> 130 |
| ACCION DE PERTENENCIA. Formas procesales que existían antes de regir el actual Código de Procedimiento Civil. <i>Nulidad por trámite inadecuado y por falta de emplazamiento de personas que debieron ser vinculadas al proceso. Sólo puede alegarla el tercero que no fue llamado o que lo fue ilegalmente.</i> Sentencia del 5 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge Cajiao Mateus vs. José de Jesús Moreno Moya. Magistrado ponente: Doctor <i>José María Esguerra Samper</i> . Salvamento de Voto del Magistrado doctor <i>Jorge Salcedo Segura</i> | 104 | ERROR COMUN CREADOR DE DERECHOS. <i>Requisitos para dar aplicación a esta fuente de derechos.</i> Sentencia del 3 de agosto de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Rosa Bedoya de Ríos vs. Urrea y Aristizábal Ltda. - Confecciones Eva. Magistrado ponente: Doctor <i>Jorge Salcedo Segura</i> . Con Complemento de la sentencia anterior del doctor <i>Jorge Salcedo Segura</i> |
| PERMUTA. <i>En principio es consensual, pero adquiere la categoría de solemne cuando una de las cosas que se cambian o ambas son bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria. Si se aplaza el otorgamiento de la escritura pública, será una promesa de permuta. Si se omite la Escritura Pública la permuta es nula. Prestaciones Mutuas.</i> | | DEMANDA. Reforma y adición. <i>Una es la situación en que se encuentra el demandante cuando ya se ha enterado al demandado de las pretensiones de aquel y, otra es la posición en la que se encuentra el libelista cuando el demandado ignora en absoluto de qué se le va a demandar.</i> Auto del 23 de agosto de 1983. REVOCA el proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Alfonso Trejos Guerrero vs. María Gladys Londoño Rojas. Magistrado ponente: Doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> . 157 |
| PROMESA DE CONTRATO. Interpretación y caracteres. <i>Es contrato preparatorio o preliminar de orden general porque puede referirse a cualquier otra convención. Es eminentemente provisional y transitorio. Es solemne. Epoca de su celebración: el plazo y la condición, deben ser determinados.</i> Sentencia del 5 de julio de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de Marco Tulio Valencia Osorio y otro vs. Carlos Arturo Montoya Restrepo. Magistrado ponente: Doctor <i>Humberto Murcia Ballén</i> . Salvamento de Voto del Magistrado doctor <i>Jorge Salcedo Segura</i> | 112 | PATERNIDAD NATURAL. <i>Poseción notoria del estado de hijo. Criterio para valorar la prueba. Cómo debe entenderse la expresión "vecindario del domicilio en general".</i> Sentencia del 31 de agosto de 1983. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Rosa de Jesús Vélez vs. Herederos de Eduardo Pérez Zapata. Magistrado ponente: Doctor <i>Germán Giraldo Zuluaga</i> |
| SIMULACION. <i>El efecto inter partes es el de hacer prevalecer la intención real sobre la declaración fingida o irreal. Con relación a terceros de buena fe, la sentencia les es inoponible.</i> Sentencia del 7 de julio de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordina- | | PROCESO DE PERTENENCIA. <i>Requisitos para que la sentencia produzca efectos erga omnes. Los titulares de derechos reales registrados deben ser demandados en forma nominativa, y de no serlo, la sentencia que se dicte les es inoponible.</i> |
| | | PROCESO. <i>Está afectado de nulidad cuando se inicia contra persona fallecida, por carecer ésta de capacidad jurídica, aunque se le emplace y se le nombre curador.</i> Sentencia del 8 de septiembre de 1983. Declara fundado el recurso de revisión interpuesto por Flor Rodríguez Plata vda. |

Pág.

Pág.

- PRUEBAS DE OFICIO.** *La ley no autoriza un segundo traslado para alegar cuando se practican pruebas de oficio con posterioridad al término del traslado para alegar.* Sentencia del 17 de noviembre de 1983. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Fabiola Hernández de Durango vs. Mario Durango Londoño. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper. Salvamento de voto del Magistrado doctor Jorge Salcedo Segura. 238
- PATERNIDAD NATURAL.** *Posesión notoria del estado de hijo. Elementos que la tipifican: trato, fama y tiempo. No es necesario probar el trato entre la madre y el presunto padre.*
- PRUEBA.** *Principios que gobiernan su diligenciamiento. Pruebas extraprocesales. Prueba sumaria y prueba contradicha.* Sentencia del 23 de noviembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Uldarico Granados vs. Herederos de Salomón Ruiz Parrado. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. 241
- PERJUICIOS.** *Condena y Liquidación. La condena al pago de perjuicios que se haga en la sentencia no es circunstancia que haga suponer que se causaron. El abuso del derecho no se da siempre que se pierda el pleito. Regulación del monto del perjuicio moral subjetivo.* Auto del 28 de noviembre de 1983. Declara Extinguida la obligación indemnizatoria reconocida *in genere* en la sentencia del 11 de abril de este año, proferida al resolver el recurso de revisión propuesto por el Banco Internacional de Colombia dentro del proceso de Ejecución Singular promovido por Ciro Pabón Núñez vs. el recurrente. Magistrado ponente: Doctor 250
- RECURSOS.** *Clasificación. El de súplica y el de reposición.* Auto del 13 de diciembre de 1983. Rechaza por Improcedente la súplica pedida por la entidad recurrente Inversiones Navales S. A. dentro del proceso ejecutivo promovido por la Cia. Pesquera Vikingos de Colombia S. A. vs. la sociedad Acapulco Princess Shapping Co. S. A. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. 255
- CARTA DE CREDITO.** *El principio de la literalidad tiene que regir en su integridad a todo lo que en ese documento se expresa.*
- CASACION.** *Violación Ley sustancial.* Sentencia del 14 de diciembre de 1983. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario instaurado por Camilo Emilio Andrade vs. Banco Nacional. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. Salvamento de Voto del Magistrado doctor Jorge Salcedo Segura. 259



**FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA**

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial
Penicentral de Colombia en julio de 1987.
Bogotá, D. E., - Colombia