

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



GACETA JUDICIAL

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

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CLXXXIV — Número 2423
Bogotá, D. E., Colombia — Año 1986

REPUBLICA DE COLOMBIA

GILBERTO OROZCO OROZCO
ABOGADO

GACETA JUDICIAL
ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXXIV
1986

SALA DE CASACION CIVIL

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

1986

SALA PLENA

Doctores **FERNANDO URIBE RESTREPO, Presidente.**
LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO †, Vicepresidente hasta
Octubre 5 de 1986.

NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ, Vicepresidente.
Inés Galvis de Benavides, Secretaria General.

SALA CIVIL

Doctores **JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ, Presidente.**
Inés Galvis de Benavides, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Héctor Gómez Uribe.
Héctor Marín Naranjo.
Alberto Ospina Botero.
Guillermo Salamanca Molano - Eduardo García Sarmiento.
Hernando Tapias Rocha - Rafael Romero Sierra.

SALA PENAL

Doctores **EDGAR SAAVEDRA ROJAS -**
JORGE CARREÑO LUENGAS, Presidente.
José Heriberto Velásquez Ramos -
Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores **Luis Enrique Aldana Rozo † - Rodolfo Mantilla Jácome.**
Hernando Baquero Borda † - Jaime Giraldo Angel.
Jorge Carreño Luengas.
Guillermo Dávila Muñoz.
Guillermo Duque Ruiz.
Gustavo Gómez Velásquez.
Lisandro Martínez Zúñiga.
Edgar Saavedra Rojas.

SALA LABORAL

Doctores **NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ, Presidente.**
Bertha Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **Rafael Baquero Herrera.**
Nemesio Camacho Rodríguez.
Manuel Enrique Daza Alvarez.
Juan Hernández Sáenz.
Fernando Uribe Restrepo.
Germán Valdés Sánchez - Humberto de la Calle Lombana -
Jacobo Pérez Escobar.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores **FABIO MORON DIAZ, Presidente.**
Ricardo Correal Morillo - Betty Cuervo Zárate, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores **Jairo Duque Pérez.**
Hernando Gómez Otálora.
Fabio Morón Diaz.
Jaime Pinzón López.

RELATORES

Doctores **Carmen Rosa Avella de Cortés - Sala Civil.**
Hilda Leonor Cortés Gómez - Sala Penal.
Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral.
Miguel Antonio Roa Castelblanco - Sala Constitucional

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL	Doctora: Carmen R. Avella de Cortés
RELATORA SALA PENAL	Doctora: Hilda L. Cortés Gómez
RELATORA SALA LABORAL	Doctora: Esperanza I. Márquez Ortiz
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	Doctor: Miguel A. Roa Castelblanco

TOMO CLXXXIV — BOGOTÁ, COLOMBIA — ENERO A DICIEMBRE DE 1986 — NUMERO 2423

PROMESA DE COMPRAVENTA

Requisitos.

Acudir a la acción ejecutiva prevista en los artículos 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, no es vía para subsanar la nulidad absoluta en que se incurre cuando se ha omitido señalar la fecha y la Notaría donde se suscribirá la escritura pública correspondiente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

Bogotá, D. E., 19 de marzo de 1986.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 16 de mayo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario instaurado por Rebeca Ramos de Vargas contra Rafael Espitia Bernal.

I

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 30 de mayo de 1980, que por repartimiento correspondió al Juzgado 4º Civil del Circuito de Neiva, Rebeca Ramos de

Vargas demandó a Rafael Espitia Bernal, a fin de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el contrato celebrado en Bogotá el 21 de septiembre de 1979 entre las partes citadas es absolutamente nulo, por no reunir los requisitos legales;

b) Que, en consecuencia, se disponga que los contratantes tienen derecho a las restituciones mutuas de los bienes que por razón del contrato anulado hubieren recibido, junto con los frutos naturales y civiles producidos por aquéllos;

c) Que se condene en costas al demandado.

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

a) Que mediante el contrato ya mencionado, ella, como *promitente vendedora*, se obliga vender al demandado y éste como *promitente comprador*, se obliga a comprar a aquélla un predio rural de aproximadamente tres (3) hectáreas de extensión, con la casa de habitación, piscina y cultivos allí indicados, situado en la jurisdicción del municipio de Rivera, Huila, amparado por la escritura número 1294 del 15 de junio de 1977, y cuyos linderos no se incluyeron en el respectivo documento;

b) Que el precio de la compra prometida se convino en la cantidad de \$ 900.000.00, la que el promitente comprador pagaría así: \$ 100.000.00 de cuota inicial que entregó a la promitente vendedora en la fecha misma de la firma del contrato, 21 de septiembre de 1979, a título de arras; una segunda cuota de \$ 450.000.00, de los cuales \$ 239.300.00 estarían representados en un vehículo Renault 4, modelo 1979, con placas EW-7485; \$ 180.000.00 que pagaría el 28 de septiembre del mismo año de 1979, día en que la promitente vendedora debía hacerle entrega del inmueble objeto de la promesa; y \$ 30.700.00 que daría el 9 de noviembre siguiente; y por último, el saldo de \$ 350.000.00 que cancelaría el 28 de febrero de 1980;

c) Que la señora Ramos de Vargas hizo entrega del predio prometido en venta, habiendo recibido en dinero y especie el equivalente a la suma de \$ 549.300.00;

d) Que el demandante ha venido disfrutando de la finca y beneficiándose con el producido de sus frutos desde el 28 de septiembre de 1979;

e) Que el contrato de promesa es absolutamente nulo por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en especial en su regla 4^a, puesto que no se incluyó en él el nombre del predio, ni sus linderos, ni se dijo cuándo ni en qué notaría debía otorgarse la escritura pública para perfeccionar la compraventa prometida.

3. Se opuso el demandante a las súplicas de la actora, en su oportuna contestación al libelo demandatorio, aceptando los hechos aducidos en éste y reclamando, para el evento de resultar prósperas aquéllas, el reconocimiento y pago de las mejoras allí indicadas, hechas con dineros de su propio peculio en el predio que le fue prometido en venta.

4. En demanda de reconvenición pide luego Rafael Espitia Bernal que se reconozca la existencia legal del contrato de compraventa contenido

en el documento suscrito el 21 de septiembre de 1979 y que, en consecuencia, se ordene a la reconvenida Rebeca Ramos de Vargas el otorgamiento de la escritura pública que lo perfeccione, acto que deberá realizarse “en las horas de la tarde, del quinto día contado a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia del caso, en la Notaría Segunda de Neiva”; que así mismo se condene a pagarle la suma de \$ 300.000.00 por concepto de la cláusula penal pactada en la promesa, a causa de su incumplimiento respecto de dicha escritura y de pretender retrotraerse de su compromiso contractual. Y, por cuanto las partes resultan mutuamente deudoras. la reconvenida por los referidos \$ 300.000.00 y el reconviniendo de \$ 350.000.00 como saldo insoluto del precio, que se ordene a este último a consignar a órdenes del Juzgado la suma de \$ 50.000.00 correspondiente al saldo final, “habida consideración de la compensación *opelege* que ha ocurrido entre los acreedores precitados”.

5: Como sustento de lo anterior, expone el demandante en reconvenición los hechos cuya relación en lo fundamental es la siguiente:

a) Que la omisión de insertar los linderos del inmueble objeto de la promesa en el respectivo documento resulta intrascendente, si se tiene en cuenta que en su cláusula primera se hace mención de la escritura pública número 1294 del 15 de junio de 1977 corrida en la Notaría Primera de Neiva que ampara ese bien y que en el hecho 4º de la demanda principal la actora afirma haber entregado al demandado el predio denominado “El Jardín”, que es el mismo a que aquélla se refiere, de lo cual se sigue que no hay carencia de individualización en ese aspecto;

b) Que aunque es cierto que, por no haberse indicado ni la época ni la notaría en que debía otorgarse la escritura de compraventa a que se obligaron las partes, la promesa no produce efectos jurídicos, ello no significa que el contrato de compraventa prometido y determinado por sus elementos esenciales como son la cosa y el precio no exista, o sea que teniendo cada uno vida independiente, al fallar la promesa “por no reunirse las solemnidades de ley, el contrato en sí continúa con vida pues en su esencia ha surgido y únicamente quedaría pendiente su perfeccionamiento...” mediante la tradición y la facción de la escritura pertinente, que es lo aquí pedido;

c) Que en virtud de la negativa injustificada de la contrademanda a otorgar la escritura de compraventa, aduciendo la nulidad de la promesa, deberá condenarse a pagar la suma acordada como cláusula penal, la que habrá de compensarse en la forma previamente indicada.

6. Rebeca Ramos de Vargas al contestar la demanda de reconvenición, niega las alegaciones y se opone a las pretensiones de Rafael Espitia Bernal expresando que éste a la vez que acepta la inexistencia de la promesa por no reunir los requisitos legales, pide su cumplimiento en forma manifiestamente injurídica.

7. Tramitada la primera instancia de la controversia planteada en los anteriores términos, el Juez del conocimiento le puso fin con su sentencia del 12 de mayo de 1982, mediante la cual resuelve declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa; ordenar a la promitente

vendedora la restitución de los dineros recibidos por razón del contrato anulado con los intereses legales causados, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, y al promitente comprador a entregarle a aquélla el predio "El Jardín" junto con el valor de los frutos civiles y naturales que éste hubiera podido producir desde el momento de la contestación de la demanda hasta la fecha de tal entrega y que liquidarían por el trámite indicado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil; y por último, negar las súplicas de la demanda de reconvenición, condenando en costas al demandado Rafael Espitia Bernal.

8. Por apelación interpuesta por la parte vencida, se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el que con su fallo de 16 de mayo de 1983 confirmó lo resuelto por el inferior, contra el cual formuló la misma parte el recurso de casación que ahora decide la Corte.

II

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La inicia el Tribunal con un recuento completo de los antecedentes del proceso y antes de entrar al estudio del fallo recurrido, hace una síntesis de los nuevos planteamientos del apelante, según los cuales la promesa de compraventa es inexistente cuando no satisface las exigencias del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y por consiguiente no puede recibir el tratamiento de la nulidad absoluta; que aun aceptándose esta hipótesis, la nulidad de la promesa no cobijaría al contrato de compraventa que es anterior e independiente de aquélla; que el contrato de compraventa "que queda perfecto al acordar el precio y la cosa, constituye 'la razón de ser y de existir' de la promesa, la cual apenas es su consecuencia"; y que de acuerdo con el artículo 29 de la ley 50 de 1936, quien invoca la nulidad absoluta debe tener interés para pedirla, interés que no ha demostrado la demandante y reconvenida.

Entra luego al análisis del caso *sub lite*, comenzando por determinar que el documento suscrito por las partes el 21 de septiembre de 1979 constituye un contrato de promesa de compraventa, en el que "se omitió indicar el nombre de los linderos del predio objeto del convenio, así como la época y la Notaría en que debía otorgarse la escritura pública de la compraventa prometida".

La omisión del nombre y los linderos del predio, dice el *ad quem*, es irrelevante, puesto que al encontrarse claramente consignados en el citado documento que se trata del mismo a que alude la escritura 1294 del 15 de junio de 1977, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Neiva, es determinable por las referencias a ese título escriturario que ofrece la promesa, situación que ha sido admitida cuando se trata de enajenación de un inmueble como cuerpo cierto, conforme lo autoriza el artículo 1518 del Código Civil y como la jurisprudencia de la Corte lo ha sostenido. (Casación de agosto 25/79).

No ocurre igual cosa ante la falta de indicación de la época y la Notaría en que deba otorgarse la correspondiente escritura, requisitos cuya omisión sí compromete la eficacia de la promesa, como se desprende de las reglas 3ª y 4ª del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y que por haberse dado en el caso que aquí se estudia, debe establecerse si conlleva la nulidad absoluta “o si se traduce, como lo plantea el recurrente, en la inexistencia del pacto comisorio”.

Con el fin de dilucidar este interrogante, el fallador trae jurisprudencias de la Corte y opiniones de autorizados tratadistas foráneos y nacionales, en que se sostiene que la falta de las solemnidades o requisitos ordenados por la ley para que el acto tenga vida jurídica, acarrea la nulidad absoluta de éste, criterio que encuentra incuestionablemente aplicable a la promesa celebrada entre Rebeca Ramos de Vargas y Rafael Espitia Bernal.

En cuanto a la tesis de que en el contrato de promesa está implícito el de compraventa, por haberse acordado la cosa y el precio, independiente y anterior a aquél, cuyo perfeccionamiento puede obtenerse judicialmente, observa el Tribunal que “la promesa no es un fin en sí misma considerada, sino un medio o instrumento que conduce a la celebración posterior de un contrato diferente”, y que por tanto, éste no es anterior a aquélla, como lo cree el recurrente, “porque entonces, si la compraventa ya fue celebrada, ¿para qué prometer su celebración?” (Casación de octubre 29/82).

Ciertamente, dice, se trata de dos contratos independientes que generan obligaciones diferentes, aunque unidos entre sí por un vínculo de causalidad; la promesa genera una obligación de hacer cuyo objeto es la celebración de la compraventa y ésta, en cambio, genera obligaciones de dar como son la de entregar la cosa vendida por parte del vendedor y la de pagar el precio por parte del comprador. (G. J., 2314, 2316, Tomo CXXXI, pág. 50).

En seguida se refiere el *ad quem* a los contratos que requieren de ciertas formalidades para existir (forma *dat esse rei*), como ocurre en el de compraventa de bienes raíces en que “no puede hacerse separación entre el contrato mismo y la escritura pública que es su forma porque si ésta no se ha otorgado, aquél no tiene existencia jurídica”, (Fernando Vélez, “Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano”, Tomo VI, pág. 10), para luego concluir que si la promesa versa sobre un bien de tal naturaleza, resulta inadmisibles sostener que si las partes estipularon la cosa y el precio, “en aquélla esté implícito un contrato de compraventa porque, según lo visto, éste nace solamente bajo la forma de la escritura pública, que es requisito de su esencia —artículo 1857. inciso 2º, Código Civil—”.

De lo dicho y teniendo en cuenta la nulidad absoluta de que está viciada la promesa, deduce la improsperidad de las pretensiones aducidas en la demanda de reconvenión.

A continuación, con sustento en jurisprudencia de la Corte, dice el sentenciador que para demandar la nulidad absoluta de un contrato, quienes han sido partes en él no necesitan probar el interés que para el efecto tengan; “pues el solo hecho de haber intervenido en su celebración los

legítima en causa no sólo para solicitar la correspondiente declaración de nulidad sino también para convalidarla” (Casación oct. 29/82). En consecuencia, “la sola prueba del contrato en que son partes evidencia su interés...”, de donde se sigue que también es precedente la declaración de nulidad por este aspecto.

Los demás pronunciamientos del fallo recurrido, manifiesta el Tribunal, son consecuencia del derecho de las partes a ser restituidas al estado anterior a la celebración de la promesa.

En lo concerniente a mejoras, manifiesta finalmente el fallador, no hay prueba de que Espitia Bernal “haya puesto cultivo o levantado edificación o adelantado obra o labor en el predio ‘El Jardín’, que por tener verdadero carácter de mejora deba reconocérsele”.

III

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos, ambos por la causal primera de casación se formulan contra la sentencia del Tribunal que se ha dejado extractada. los cuales serán despachados en el mismo orden propuesto.

Primer cargo.

En éste se acusa el fallo de segundo grado de violación directa, por aplicación indebida de los artículos 1595, 1524, 1602, 1626, 1740 y 1741 del Código Civil, 89 de la Ley 153 de 1887 y 2º de la Ley 50 de 1936, y por falta de aplicación de los artículos 1603 y 1627 del Código Civil y 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, que llevó al Tribunal a confirmar equivocadamente la nulidad de la promesa de compraventa a que se refiere este proceso.

Parte el recurrente en el desenvolvimiento de su acusación de la doctrina constante de la Corte en cuanto a que, según se desprende del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la falta de señalamiento de la fecha y la Notaría en que debe celebrarse el contrato prometido, cuando existan varias en el lugar de su otorgamiento, en la respectiva promesa de compraventa, acarrea la nulidad absoluta de ésta, para luego argumentar que los artículos 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, en vigencia desde 1971, imponen una revisión del criterio anterior en virtud de que ellos permiten acudir al órgano jurisdiccional en procura de obtener el cumplimiento de los deberes contractuales surgidos de una promesa de compraventa que, no obstante ser incompleta, contenga los aspectos fundamentales del negocio, que para el caso son la cosa y el precio.

En apoyo de su tesis cita el censor el artículo 1627 del Código Civil, en que al decir que el pago de una prestación debe hacerse en conformidad al tenor de la obligación, “deja abierto un inmenso campo para que además de los términos convencionales se pueda obtener el cumplimiento de las obligaciones de acuerdo a lo que dispongan las leyes en casos especia-

les”, que para el caso *sub lite* son los referidos artículos 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, “como medio para lograr la atención de la obligación nacida de la promesa de compraventa, que carece de fecha y Notaría”.

Por otra parte, dice el casacionista, de los términos del inciso 1º del artículo 89 en mención, según el cual “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes...”, se sigue que los requisitos indicados en los cuatro numerales de la norma se exigen para que la promesa de contrato obligue, pero no que el contrato mismo requiera como elemento de su esencia el plazo o condición. Se trata, por tanto, de una confusión que ha llevado a los tribunales a aplicar indebidamente el citado artículo 89-3, “por cuanto no se ha separado o distinguido entre contrato y obligación, como es procedente”. Es si, dentro de tales requisitos, de su esencia que conste por escrito, puesto que siempre es solemne por disposición de la ley. En cambio, el plazo o condición no lo es del contrato sino de la obligación, para cuya omisión las normas de procedimiento referidas facultan al juez suplirla ante la negativa de alguno de los contratantes.

En consecuencia, si se reúnen los elementos esenciales de la promesa, que son los comunes de todo contrato, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos —y precio por ser el negocio prometido una compraventa— “debe aceptarse la validez del acto, si, además, consta por escrito”. No perteneciendo entonces el plazo o la condición a la esencia del contrato sino a su naturaleza, a su omisión no puede aplicarse la nulidad prevista por el artículo 1740 del Código Civil para la falta de alguno de los requisitos que la ley ordena para el mismo acto o contrato; indebida resulta así mismo al caso la aplicación del artículo 1741 *ibidem*, en cuanto sanciona con nulidad absoluta “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos”, ya que la falta siempre se refiere al contrato y no a las obligaciones, como ocurre con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Manifiesta en seguida el impugnante que el fallador tampoco aplicó el artículo 1603 del Código Civil, a pesar de estar ante un contrato celebrado de buena fe, por personas capaces, con el fin de que produjera todos sus efectos. Demandar su nulidad “con el pretexto de faltarle la fecha de cumplimiento y la Notaría en donde ha de correrse el respectivo instrumento público, es simplemente amparar la mala fe”. Y no debe ser así, concluye, cuando mediante la aplicación de las normas procesales precitadas se puede lograr la efectividad del derecho.

SE CONSIDERA

1. De la lectura de la promesa de compraventa suscrita por las partes el 21 de septiembre de 1979 se echa de menos el señalamiento del plazo o la condición necesaria para fijar la época en que debía celebrarse el contrato prometido, por lo cual el cumplimiento de la obligación derivada de aquélla no quedó sujeto a un día cierto y determinado. No aparece tampoco indicada la Notaría en que debía otorgarse la respectiva escritura,

omisión ésta que junto con la anterior llevaron al Tribunal a confirmar el fallo del *a quo* que declaró la nulidad absoluta de dicha promesa.

Como se desprende de los términos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para que la promesa de celebrar un contrato sea válida, es decir, que produzca obligaciones, debe reunir todos los requisitos establecidos en la misma norma, por manera que si falta alguno de ellos estará viciada de nulidad absoluta, de acuerdo con el artículo 1741 del Código Civil, cuya declaratoria puede y debe ser hecha por el Juez en los términos del artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

El contrato de promesa, como la jurisprudencia y doctrina lo han sostenido, no es un fin en sí mismo considerado que cree situaciones jurídicas indefinidas y produzca efectos perdurables, sino un medio o instrumento cuyo objeto es conducir a la celebración de un contrato diferente. Y a pesar de tener, por tal razón, un carácter provisional y eminentemente transitorio, es un contrato principal, autónomo e independiente que subsiste por sí solo y genera obligaciones para quienes lo suscriben, siempre que estén presentes en él todos los elementos que la ley exige como presupuestos de su validez y que como tales son de su esencia, estando, por lo demás, sujeto a las reglas generales de los contratos en cuanto al consentimiento, la capacidad y el objeto y causa lícitos de que habla el artículo 1502 del Código Civil.

Dentro de los elementos esenciales que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 prescribe para que la promesa produzca obligaciones está el del ordinal 3º, según el cual ésta debe contener un plazo o una condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, imperativo que surge de su misma naturaleza transitoria, ya que la obligación u obligaciones de hacer acordadas por las partes prometientes no son puras y simples sino que su cumplimiento queda sometido a un hecho futuro, el que puede ser cierto si se trata de un plazo o incierto si de una condición. Siendo así indispensable la determinación de uno de aquéllos requisitos establecidos por la ley para la eficacia de la promesa, es claro que su omisión comporta la nulidad absoluta de la misma, por imposición de lo ordenado en el precitado artículo 1741 del Código Civil, inciso 1º.

En cuanto al señalamiento de la Notaría donde debe otorgarse la escritura, obligación de hacer que surge de la promesa de compraventa de un inmueble, la Corte ha sostenido reiteradamente que es uno de los requisitos que se derivan del ordinal 4º del citado artículo 89, según el cual el contrato prometido debe determinarse de tal suerte, "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales", puesto que "...si ante cualquier notario del país o quien haga sus veces en el exterior, se puede otorgar la escritura pública de venta de cualquier inmueble situado en el territorio nacional, síguese que es necesario precisar ante cuál de todos ellos debe hacerse el otorgamiento de ese acto, porque si se pasara en silencio tal precisión, habría indeterminación del objeto del contrato de promesa (art. 1518 del Código Civil)". ("G. J.", CLIX, pág. 11).

2. Para el casacionista la normación consagrada por los artículos 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, constituye una actualización del

artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en el sentido de obtener el cumplimiento de los deberes surgidos de una promesa de compraventa incompleta que contenga los aspectos esenciales del negocio, como son la cosa y el precio. Sostiene, en efecto, que en virtud de tales disposiciones cuando se hayan omitido en la promesa el plazo o condición y el lugar de perfeccionamiento del contrato prometido, puede acudirse al juez para que señale cuándo y dónde ha de suscribirse la respectiva escritura.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la omisión de los requisitos mencionados impide que la promesa de compraventa genere obligaciones, por lo cual se está ante un acto absolutamente nulo que no puede ser convalidado por el juez mediante el procedimiento indicado para ordenar el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de la suscripción de documentos establecidos por los artículos citados del Código de Procedimiento Civil para los procesos de ejecución, cuyo presupuesto ha de ser una obligación expresa, clara y exigible al tenor del artículo 488 ibidem, situación que no se da cuando el acto o contrato no produce efecto alguno por no haberse llenado todos los requisitos o formalidades esenciales para su valor y existencia en atención a su naturaleza, como se sigue de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

No es procedente sostener, como dice el censor, que los artículos 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, vigente desde el año 1971 hayan sustituido las exigencias contenidas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en cuanto a la indicación de la fecha y la notaría en que debe perfeccionarse el contrato de compraventa, puesto que siendo ésta esencial para la validez de la respectiva promesa, no puede considerarse suprimida por unas normas cuya finalidad es la de poder demandar judicialmente el cumplimiento de obligaciones que se han hecho exigibles con anterioridad a la acción ejecutiva.

3. Estima el impugnante así mismo que la indebida aplicación que han venido haciendo los tribunales del artículo 89-3 en comento, es el resultado de no haberse distinguido entre el contrato y la obligación, como es procedente. En efecto, dice, que el que la promesa conste por escrito es esencial pues la ley dispone que sea solemne; que en cambio, el plazo o condición no lo es del contrato sino de la obligación; y que, si se omite, el correctivo está en las normas del estatuto procesal referidas. Concluye el recurrente que debe, por tanto, aceptarse la validez de la promesa, si además de reunir los elementos esenciales de todo contrato y estipulación del precio por tratarse de una compraventa, el negocio prometido consta por escrito.

Es cierto que el contrato y la obligación son cosas diferentes, pues mientras el primero es el acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas mediante el cual uno de los contratantes se obliga o ambos recíprocamente a dar, hacer o no hacer algo, la segunda es el efecto del contrato. Pero de esta diferencia no puede concluirse que dentro de los requisitos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para la validez de la promesa de celebrar un contrato, unos sean de su esencia, como que conste por escrito, además de los exigidos por el artículo 1502 del Código Civil para todos los contratos, y otros, como el señalamiento de la fecha y lugar

donde debe otorgarse la escritura, cuando de una compraventa de inmuebles se trate, no le sean fundamentales, pues donde el legislador no distingue no puede hacerlo el intérprete.

Precisa agregar a lo dicho que de los términos del artículo 89 tantas veces citado, según el cual “la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:...”, se sigue que estas circunstancias enumeradas en los ordinales que contiene la norma, si son de la esencia del contrato de promesa en razón de su naturaleza especial transitoria, pues, como la jurisprudencia y la doctrina lo han reconocido, la omisión de cualquiera de ellas vicia de nulidad absoluta dicha promesa y por consiguiente no obliga a la celebración del contrato prometido.

4. Finalmente, en cuanto al cargo por falta de aplicación del artículo 1603 del Código Civil, que el recurrente estima quebrantado en este sentido, por haber dejado de considerar el Tribunal la buena fe de la demandante en la celebración de la promesa de contrato de que se trata, la Corte considera: ante todo que el cargo está planteado al vacío, porque no fue materia de debate la buena o mala fe de las partes en la dicha contratación; porque si la buena o la mala fe de aquéllas pudiera ventilarse ahora, tratándose de la omisión de requisitos imperados por la ley para la validez de un contrato, como es el de la fijación de plazo o condición en el de promesa, habría que decir con el artículo 9º del Código Civil que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y con el artículo 768 *ibidem in fine*, que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario; y que, por consiguiente, si como se dijo atrás, la falta de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para la validez de la promesa de celebrar un contrato produce la nulidad absoluta de la misma, por imperativo de lo dispuesto en el mismo artículo y en el 1741, inciso 1º del Código Civil, nada valen las consideraciones sobre buena o mala fe de las partes para poner de lado lo indiscutible, como las susodichas exigencias de la ley.

El cargo por tanto, es impróspero.

Segundo cargo.

En este se acusa la sentencia del Tribunal de Neiva, con apoyo en la causal primera de casación, “de violación, por la vía directa, por falta de aplicación de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, y por aplicación indebida del artículo 1746 del Código Civil”.

En desenvolvimiento del cargo, expresa el casacionista que el fallador al confirmar la nulidad de la promesa de compraventa declarada por el *a quo* dispuso que la restitución de la suma de \$ 550.000.00 recibida por la prometedora debía hacerse junto con los intereses del 6% anual, decisión que considera inequitativa por cuanto implica que aquélla “reciba un predio, que después de varios años en poder del prometediente comprador adquirió un mayor valor, mientras que éste ha de recibir la misma cantidad de dinero que suministró como consecuencia de la promesa

de compraventa". Sobre este aspecto, dice, la Corte en su sentencia de 8 de septiembre de 1982 se pronunció en un caso similar al expresar: "...Pero como el valor del inmueble en el momento de la devolución es en mucho superior al valor nominal por el cual fue negociado hace quince años, también ahora, queda sin causa, se haga al valor adquisitivo que tenía el dinero en la época en que se entregó, para lo cual se hará una conversión en incidente posterior al fallo".

Si bien es cierto, manifiesta a continuación el recurrente, que el artículo 1746 del Código Civil establece que "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, ...", también lo es que el criterio de restitución debe armonizarse con el principio de la equidad buscando un equilibrio en los alcances de las respectivas entregas, en especial actualmente en que la moneda pierde su valor adquisitivo aceleradamente y los inmuebles logran un incremento notorio.

SE CONSIDERA

1. Fundamenta el censor su inconformidad con la decisión del Tribunal respecto del monto del precio que la demandante y prometedora vendedora debe devolver al demandado y prometedora compradora, como efecto de la declaración de la nulidad absoluta de la promesa de compraventa, en el quebranto directo de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 1746 del Código Civil y falta de aplicación de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887.

Para demostrar el error que le endilga al juzgador, afirma que no existe equivalencia entre el mayor valor que habría adquirido el predio prometido en venta en poder del demandado en el momento de su restitución y el valor adquisitivo de la cantidad de dinero que él mismo había pagado a la prometedora vendedora como precio del citado inmueble y que ahora recibiría con un interés del 6% anual.

2. Del planteamiento anterior resulta incontestable que el impugnante orientó su acusación en una cuestión de hecho, como es el desequilibrio entre las restituciones mutuas resultantes de la nulidad de la promesa de compraventa, aspecto que ha debido atacar por la vía indirecta con el fin de fijar los puntos de apoyo probatorio en que monta su categórica afirmación, de que en el momento de devolver las cosas al estado en que se hallarían si no hubiere existido el contrato nulo, mientras el predio "El Jardín" había adquirido un mayor valor desde la celebración de la citada promesa, el precio pagado por el mismo había perdido mucho en su valor adquisitivo.

El cargo contra la sentencia recurrida, en consecuencia, no se ajusta a la técnica del recurso puesto que, como es bien sabido, la violación directa de la ley sustancial sólo se da cuando sin consideración a los hechos demostrados en el debate, se deja de aplicar la norma que regula el caso controvertido o se aplica una diferente a la que le corresponde o cuando apli-

cándose la que le es pertinente se le atribuye un sentido que no tiene, violación que, como atrás se dijo no puede predicarse en ninguna de sus formas en casación cuando parte de una cuestión de hecho, la cual está constituida en el cargo de que se trata por la falta de equivalencia entre las prestaciones mutuas dispuestas por el fallador en la sentencia recurrida.

El cargo no prospera.

IV

DECISIÓN

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 16 de mayo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario promovido por Rebeca Ramos de Vargas frente a Rafael Espitia Bernal.

Las costas del recurso extraordinario son a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Héctor Gómez Uribe, Gustavo Fajardo Pinzón, Germán de Gamboa y Villate, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CORRECCION MONETARIA

Aplicación oficiosa.

El sentenciador puede oficiosamente hacer el reajuste monetario en la sentencia, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, en aras de la equidad y la igualdad de la justicia.

Entre las condiciones establecidas por la ley para que el pago tenga la entidad de extinguir la obligación, está la de ser completo, y para ello debe incluir la corrección monetaria, en caso de deudores morosos especialmente.

CASACION

Error de hecho.

En la interpretación de la demanda.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., 19 de marzo de 1986.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 8 de febrero de 1984, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Palillera Colombiana Limitada —Pacol— frente a Empresa de Transportes El Proveedor Limitada.

I

EL LITIGIO

En escrito, que por reparto correspondió al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, la sociedad Palillera Colombiana Ltda., demandó,

por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, a Transportes El Proveedor Ltda. para que se hicieran “estas o similares declaraciones y condenas:

“Primera. Condenar a Empresa de Transportes El Proveedor Ltda., sociedad comercial de transporte público domiciliada en Bogotá, a pagar a Palillera Colombiana Ltda., seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este proceso, la indemnización por pérdida de la máquina molduradora o máquina copiadora doble horizontal tipo K20/2, sus motores, accesorios y repuestos, entregada a la empresa transportista para ser porteadada desde Cartagena hasta Bogotá y entregada a esta ciudad a Palillera Colombiana Ltda., en su calidad de destinataria.

“Segunda. Declarar que la suma que Empresa de Transportes El Proveedor Ltda. debe pagar a Palillera Colombiana Ltda. como indemnización, comprende la suma de quinientos cuatro mil doscientos sesenta y ocho pesos (\$ 504.268.00) moneda corriente valor de la mercancía porteadada, más la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) por lucro cesante y daño emergente originados en el incumplimiento del contrato de transporte, o la cantidad que determinen peritos designados al efecto.

“Tercera. Condenar a la demandada al pago de las costas y costos del proceso”.

Como fundamento de la *causa petendi*, expuso el demandante los hechos que se pueden compendiar así:

Que la sociedad Palillera Colombiana Ltda., legalmente constituida e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, y que como objeto principal tiene el de fabricar palillos y demás artículos de madera, adquirió por compra a Maschinenbau KG de Alemania una máquina molduradora o máquina copiadora doble horizontal tipo K20/2.

Que la máquina fue embarcada en Hamburgo con indicación de Almacib como consignataria y Palillera Colombiana Ltda. —Carrera 32A No. 10A-62 de Bogotá—, como propietaria y destinataria.

Que después de legalizada la mercancía, Almacib, como consignataria, celebró con la Empresa de Transportes El Proveedor Ltda. un contrato de transporte el 17 de febrero de 1978 y el mismo día entregó a la porteadora la máquina referida, con empaque en caja de madera.

Que el contrato se pactó siendo remitente Almacib, porteador la sociedad demandada y destinataria la empresa demandante, con indicación en la carta de porte como valor de la mercancía la suma de \$ 504.268.00.

Que la empresa demandada retiró la máquina y sus accesorios de la aduana y la entregó al conductor del camión marca GMC, modelo 1953, placas SR-0151, que carecía de tarjeta de operación y no estaba afiliado a Conaltra, ni a la propia empresa demandada, ni a ninguna otra pública de transportes.

Que el 24 de febrero de 1978 la empresa demandada comunicó que el camión mencionado se incendió, destruyéndose la mencionada máquina copiadora. Así mismo adjuntó dos constancias y un denuncia verbal referente al accidente.

Que el conductor del camión "porteaba con la máquina copiadora y sus accesorios sin autorización del remitente ni del destinatario y sin planilla a nombre o bajo la responsabilidad del transportista contractual, seis tambores de polietileno violando las estipulaciones de la carta de porte y del contrato de transporte".

Que la sociedad demandante, por intermedio de apoderado especial, en comunicación de 15 de marzo, solicitó a la empresa transportadora asumiera la responsabilidad de la pérdida, quien a su vez con oficio de 29 de marzo respondió con la negativa a asumir dicha responsabilidad.

Que la sociedad demandada "se ha negado sistemáticamente a reconocer la indemnización que le corresponde como transportador que incumplió el contrato de transporte" y que "la pérdida de la máquina copiadora ocasionó perjuicios de singular gravedad a Palillera Colombiana Ltda., del orden del daño emergente y lucro cesante, pues impidió el ensanche de la empresa, el aumento de la producción, el incremento de la productividad, la disminución de costos que la agobiaban en forma irresistible y el pago de intereses y gastos financieros sobre la inversión baldía".

Admitida la demanda, la Empresa de Transportes El Proveedor Ltda. dio contestación oportunamente, oponiéndose a las pretensiones del actor, al mismo tiempo propuso las excepciones de "prescripción", "de inexistencia de la obligación" y "de fuerza mayor".

Agotado el trámite de primera instancia, el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito por sentencia de 18 de octubre de 1982, acogió las súplicas de la demanda con la declaración inicial de no encontrar probadas las excepciones y en cambio de reconocer la responsabilidad de Transportes El Proveedor Ltda., por el incumplimiento del contrato de transporte por la pérdida de la mercancía recibida el 17 de febrero de 1978, y con la condena al pago de la suma de \$ 725.630.00 "correspondiente al valor de la mercancía por concepto de daño emergente" y de \$ 435.377.70 a título de "lucro cesante" que corresponden a los intereses causados sobre el valor de la mercancía liquidados al 16 de agosto de 1980 y los que se causen con posterioridad a esta fecha a la tasa del 2% mensual, hasta cuando el pago se realice" y a las costas.

La parte demandada interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del juzgado, al que se adhirió luego la sociedad demandante, cuando se encontraba el proceso en el Tribunal, para que se incluyera en el daño emergente de la condena la corrección monetaria o ajuste por desvalorización.

La inconformidad de la demandada fue total contra la sentencia, para lo cual solicitó la revocatoria.

El Tribunal Superior de Bogotá, cumplido el trámite de rigor, por sentencia de 8 de febrero de 1984, confirmó los numerales 1, 2, 4 y 5 del fallo de primera instancia y revocó la determinación contenida en el numeral 3 sobre la condena al pago de la suma de \$ 725.630.00 para limitarla a la cantidad de \$ 504.268.00; para, condenar, al final, al pago del 30% de las costas a la demandada.

La parte demandante inconforme con la disminución de la condena del valor de la mercancía y del rechazo a la corrección monetaria, interpuso el recurso de casación, que procede ahora la Corte a resolver:

II

LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CASACIÓN

Luego de un recuento breve del acontecer procesal el Tribunal entra en consideraciones jurídicas sobre el contrato de transporte en general para concluir que en el *sub lite*, con los documentos aducidos “se puede colegir la existencia del trato”. Para aseverar a continuación que “en cuanto al incumplimiento del mentado contrato tal hecho aparece fehacientemente acreditado en el expediente, tanto a través de la prueba documental como la testimonial, lo que lleva a concluir que, al haberse incendiado el vehículo transportador, e incinerado la mercancía transportada, ella no llegó a su destino, en la forma como lo indica el artículo 982 del Código de Comercio”.

Al reconocer el *ad quem* la responsabilidad civil de la sociedad demandada por el incumplimiento del contrato afirma que en cuanto a los daños “la ley comercial los presume, lo cual impone que tan sólo se deba señalar la suma indemnizatoria de ellos”.

En procura de lo anterior transcribe la petición segunda de la demanda para sostener que “el agente activo del proceso, lo cuantifica en la suma de \$ 1.000.000.00, pero deja la posibilidad de variación de ese monto conforme lo que señalen los expertos designados por el juzgador. En tanto que, frente a los perjuicios compensatorios dio un límite máximo, o sea, el valor de la máquina transportadora y que resultó destruida, como consecuencia del vehículo acarreador”. “Por lo anterior —prosigue— la condena, que ha de hacerse al reo, debe seguir los anteriores parámetros para no pecar en contra del principio de la ‘congruencia de la sentencia’ impuesta por el estatuto de enjuiciamiento civil”.

Para rematar este aspecto: “Es por ello, que el mentado numeral debe revocarse para condenar a la demandada, tan sólo, a la suma de \$ 504.268.00, correspondiente al valor de la mercancía, según estimación hecha por el actor en el escrito introductorio, y confirmar lo restante de la misma parte resolutive del fallo impugnado”.

Por último, en cuanto a la apelación adhesiva propuesta por la parte demandante, dice que “no surte efecto alguno, pues, la petición de condena, contenida en la demanda (segunda pretensión, se nota) no puede variarse a través de un medio impugnatorio como es el recurso de apelación, sino mediante la reforma o adición de la demanda, realizada en forma extemporánea”.

Por providencia de 3 de abril de 1984, adicionó la sentencia en los siguientes términos: “Ciertamente, la observación hecha por el memoria lista es valedera, y por ello, ha de determinarse en primer lugar aclarar

el numeral primero de la parte resolutive, en el sentido de especificar lo concerniente al numeral 4º del fallo acusado, así:

“Condenar a la parte demandada a pagar a la demandante, a título de lucro cesante, el monto de los intereses causados sobre el valor de la mercancía (\$ 504.268.00, se nota), liquidados desde la fecha del siniestro (febrero 17 de 1978), a la tasa del 2% mensual y hasta cuando su pago se realice”.

III

EL RECURSO DE CASACIÓN

Tres cargos enfila el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, todos con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo.

Se acusa la sentencia y su aclaración “como violatorias, por vía indirecta, de los artículos 1546, 1602, 1603, 1616, 1614 y 1615 del Código Civil; 822, 870, 871, 1030 y 1031 en su encabezamiento y en su numeral 2, del Código de Comercio, por falta de completa aplicación y a consecuencia de grave y trascendente error de hecho cometido por el sentenciador en la apreciación de las pruebas”.

Afirma, inicialmente, el recurrente que “el grave yerro fáctico del Tribunal consiste en no haberse percatado de que la frase “o la cantidad que determinen peritos designados al efecto” es una frase eminentemente disyuntiva o alternativa por estar encabezada por la conjunción disyuntiva *O*, que el Diccionario la define, del latín “aut”, como “conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas”.

“Además, la coma (,), omitida por el Tribunal en su transcripción, es un signo ortográfico que, según el mismo Diccionario de la lengua expresada, ‘sirve para indicar la división de las frases’”.

Para el censor, pues, la frase “o la cantidad que determinen los peritos” “se refiere a la cantidad única integrada por el valor de la mercancía porteadada y el lucro cesante y daño emergente”.

Con la complementación “o sea el elemento probatorio apreciado erróneamente por el Tribunal, no obstante que su simple lectura acompañada al Diccionario de la Lengua, tanto en cuanto a número como a disyuntiva, es de claridad evidente, es la demanda incoactiva del proceso (Fols. 33 a 37 del Cdno. 1), especialmente en su hecho XXIV y su segunda súplica, que obran a folios 35 y 35 *vto. ib.*, súplica que el propio Tribunal no sólo aprecia sino que transcribe erróneamente”.

Y prosigue “El propio Tribunal, sin entender o sin querer el significado obvio y claro de la súplica en cuestión, dice que la demandante limitó a \$ 1.000.000.00 el perjuicio por daño emergente y por lucro

cesante', cuando de la sola lectura de esa súplica es que o bien se paguen \$ 504.268.00 como valor de la maquinaria cuando ocurrió su pérdida más \$ 1.000.000.00, todos como componentes del daño emergente y del lucro cesante, o *alternativamente* las sumas que señalen los peritos respectivos''.

SE CONSIDERA

Los juzgadores de instancia encontraron a la sociedad demandada como responsable por el hecho antijurídico del incumplimiento del contrato de transporte. Sólo que el Juzgado impuso una condena por la suma de \$ 725.630.00 como equivalente a la mercancía porteada, mientras que el Tribunal la redujo a la cantidad de \$ 504.268.00. El *a quo* tuvo en cuenta, para apreciar el valor de la mercancía, el avalúo dado por los peritos y el *ad quem* reguló el monto de la indemnización con sujeción a la suma concretada por el propio actor en el escrito introductorio. Y, precisamente, la inconformidad del recurrente radica en el aspecto de la diferencia de valor, en cuanto en el fallo de segunda instancia el sentenciador le dio una inteligencia restrictiva al *petitum*.

Ciertamente, el Tribunal entendió que la petición segunda de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, dejaba abierta la posibilidad para que peritos pudieran hacer una fijación distinta a la señalada en la demanda en la suma de \$ 1.000.000.00 pero no admitió la misma apertura en lo concerniente al valor de la mercancía, estimada por el mismo demandante en la suma de \$ 504.268.00.

Textualmente dice la petición segunda de la demanda: "Declarar que la suma que la Empresa de Transportes El Proveedor Ltda., debe pagar a Palillera Colombiana Ltda., como indemnización, comprende la suma de quinientos cuatro mil doscientos sesenta y ocho pesos (\$ 504.268.00) moneda corriente, valor de la mercancía porteada, más la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) por lucro cesante y daño emergente originados en el incumplimiento del contrato de transporte, o la cantidad que determinen peritos designados al efecto". Sostiene el impugnador que la conjunción *O* empleada en la frase final enlaza tanto la suma pedida a manera de lucro cesante y daño emergente —de un millón de pesos— como el valor de la mercancía cifrada en \$ 504.268.00 en forma tal que en cualesquiera de esos eventos se pudiese estimar la cantidad indemnizable por medio de peritos "alternativamente".

Empero, el esfuerzo hecho por el casacionista, en procura de demostrar el yerro fáctico en que hubiere incurrido el Tribunal, tiene una presentación particular, porque la conjunción *O* separada de la coma no necesariamente ata a las dos cantidades consignadas en la petición pretranscrita por cuanto se refiere en singular "a la cantidad", que permite entender, por razones también gramaticales, que es el millón de pesos, o sea a la última de las indicadas, y no a las dos cantidades allí consignadas. Y esta es, pues, una interpretación que surge del tenor de la petición en comento, que dista, por tanto, de la que argüye el censor para endilgar yerro fáctico.

Entonces, *no es dable a través de construcciones o disquisiciones gramaticales y del entendimiento de cierto giro de una frase, encontrar error*

de hecho en la interpretación de la demanda, particularmente si no existe claridad y precisión en la parte del texto en que se apoya el censor para enjuiciar la sentencia. Si la petición es ambigua o susceptible de varias interpretaciones, esa sola circunstancia le resta fuerza a la acusación por error fáctico puesto que como es sabido éste tiene que ser manifiesto y evidente. Por eso, ha dicho la Corte:

“Doctrinas y jurisprudencias, al unísono, dicen que sólo es error manifiesto, evidente, ostensible y protuberante el que aparece prima facie, al primer golpe de vista; o sea, el que precisamente por ser tan grave y notorio, para poderlo encontrar no se requiere mayores esfuerzos o razonamientos; por sí solo se impone como una absoluta disconformidad con lo que el contenido objetivo de la prueba ostenta. Esta característica del yerro de facto también la tiene que tener el que consiste precisamente en indebida interpretación de la demanda inicial del proceso: lo será cuando la interpretación que el juez de instancia le da sea ostensiblemente contraria a la que la demanda muestra en su contenido objetivo. De manera que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo; ni menos reconocerle virtualidad suficiente para que con base en ella pueda casarse una sentencia”. (Sentencia de 13 de marzo de 1984).

No habrá, pues, lugar a la prosperidad del cargo.

Segundo y tercer cargo.

En estos cargos se acusan los mismos textos sustanciales, por falta de aplicación, a saber: artículos 1546, 1602, 1603, 1613, 1614, 1615 del Código Civil; 822, 870, 871, 1030 y 1031 en su encabezamiento y en su numeral 2 del Código de Comercio; 8 de la Ley 153 de 1887 y 305 del Código de Procedimiento Civil, sólo que el segundo es por violación directa y el tercero por la indirecta.

Ambas censuras se contraen al aspecto de la corrección monetaria o ajuste por desvalorización y deterioro del poder adquisitivo del peso colombiano, no tenido en cuenta por el Tribunal al pronunciarse sobre el monto de la mercancía transportada.

El recurrente, en uno y otro cargo, se apoya en la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1979, para lo cual transcribe apartes sobresalientes de dicho fallo, aduciendo en el segundo: “De todo ese discurrir se extraen dos conclusiones jurídicas: que la desvalorización o deterioro monetario es factor de perjuicio, o mejor de su cuantía, deterioro que es un hecho notorio que no requiere prueba, al tenor del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y que aun de oficio o sin petición de parte, los jueces están obligados a contemplar tal circunstancia para configurar la cuantía del perjuicio, conforme lo ha dicho la Corte no solamente en la sentencia comentada sino en muchas otras dictadas posteriormente”.

Y en el tercer cargo vuelve sobre el error en la interpretación de la parte de la demanda que dice “o la cantidad que determinen peritos designados al efecto”, para entrar a sostener que el Tribunal incurrió en

otro yerro fáctico al no darle carácter de hecho notorio al fenómeno de la desvalorización de la moneda, siendo que entre los perjuicios causados debe tenerse de presente ese factor económico.

SE CONSIDERA

No cabe duda el impacto social que produce la pérdida del poder o valor adquisitivo de la moneda en épocas de inflación. El fenómeno de la desvalorización de la moneda constituye un factor que gravita seriamente en la economía de un país en un determinado momento. Es un proceso que, también, se refleja en el orden jurídico cuando se trata de obligaciones pecuniarias de valor, o sea, aquéllas que tienen una significación en dinero, como sustituto obligacional, cuando el acreedor ha de recibir, por el solo hecho del transcurso del tiempo, una prestación que no se ajusta a su realidad económica. Igualmente, se puede romper, por esas mismas manifestaciones, el equilibrio en las restituciones cuando por un lado se ha de entregar una suma de dinero y por el otro un bien inmueble, puesto que aquél se deprecia y éste, las más de las veces, se valoriza. En fin, muchas son las situaciones que reciben el influjo de los factores económicos derivados de la depreciación monetaria.

En el plano de las soluciones jurídicas, frente a esos agentes económicos negativos, muchos son los esfuerzos que se han hecho y quizás se sigan haciendo, a nivel doctrinario y legislativo, para alcanzar un tratamiento acorde con la realidad social. Por eso, como lo anota el censor, la Corte se ha ocupado del asunto jurisprudencialmente, en la búsqueda de la realización del derecho a falta de textos que definan o precisen los alcances de la desvalorización de la moneda en el orden jurídico privado, ya anotado.

Y fue así como, en sentencia de 9 de julio de 1979, dijo esta Corporación sobre el particular:

“Y si la resolución de un contrato originada en el incumplimiento de una de las partes fuera realizada en una simple forma mecánica, como lo pretende el municipio demandado e incumplido y como lo aceptó el Tribunal, o sea devolviendo al vendedor incumplido la cantidad que más de 20 años atrás recibió como parte del precio de manos del comprador que sí cumplió, se incurriría en grave injusticia pues en esa forma se le estaría ocasionando a este último un perjuicio adicional: recibir 20 años más tarde un dinero que apenas en mínima parte vendría a reemplazarle el que cumplidamente entregó a su incumplido vendedor bastante tiempo atrás.

“No quedaría, por tanto, ni siquiera observado el simple propósito de restablecer el equilibrio inicial, ni menos aún resarcido el daño emergente sufrido por el comprador.

“Sea de observar que en este propósito de restablecer cabalmente dicho equilibrio la doctrina, los autores y la jurisprudencia, han tomado indiscutible rumbo que apunta a tener en cuenta para casos tales y aun sin petición de parte ‘la corrección monetaria en las obligaciones de pagar

perjuicios', 'la actualización de la suma indemnizatoria teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda', la 'actualización del valor de los daños al momento de la sentencia', la 'pérdida del poder adquisitivo de la moneda', el 'valor de los daños por la desvalorización monetaria progresiva' y otros rubros semejantes. (Reciente sentencia de esta misma Sala del 24 de abril de 1979, aún sin publicar).

"Por tanto el cargo en estudio está llamado a prosperar a fin de que la sentencia reconozca como perjuicio por concepto de daño emergente, la desvalorización monetaria experimentada por las sumas que el comprador cumplido pagó al vendedor incumplido desde la fecha en que la entregó hasta tanto le sea devuelta, conforme a la liquidación hecha parcialmente".

La Corte, en el asunto que le mereció un reconocimiento de la corrección monetaria, participó de la noción de daño emergente, es decir, para adoptar aquélla como uno de los factores estructurales de disminución o deterioro de los valores económicos que integran el patrimonio. O también puede ubicarla como un supuesto de responsabilidad civil en su función de reparación de los daños que se causan al acreedor al recibir una prestación no acorde con su real valor frente a una restitución recíproca, sino, por el contrario, valorizada.

También sostuvo esta Corporación, en sentencia de 30 de marzo de 1984:

"El pago, para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse la de que debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inc. 2º del artículo 1626 del Código Civil que el 'pago efectivo es la prestación de lo que se debe' y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inc. 2º del artículo 1646 ibidem, cuando dispone que 'El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban'.

"Partiendo del postulado legal de que el pago para que extinga la obligación debe ser completo, no se da tal fenómeno, especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando éstos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago".

Entre las múltiples razones doctrinarias que se arguyen para la admisión del fenómeno de la desvalorización de la moneda o pérdida del poder adquisitivo se observa o aprecia, como supuesto de inspiración para un reconocimiento, la equidad y la igualdad de la justicia, en cuanto la aplicación de esos principios universales, que no deben ser desconocidos, permiten admitir que la equivalencia de la prestación se localice, en determinada relación, en el valor real y no en el estrictamente nominal. La

restitución —como sustituto de una prestación— repara la igualdad de la justicia en la medida que sea equivalente. El orden jurídico se restablece y el imperio de la equidad extiende todo su poderío.

Advierte la Corte, eso sí, de la cautela que se debe tener en la aplicación de esos criterios en las relaciones obligatorias puesto que el designio, por falta de prudencia, de su generalización inconsulta, lejos de lograr una solución en el tráfico jurídico lo hace inseguro y peligroso, en menoscabo de la justicia misma.

Tal como lo entendió el Tribunal, el demandante fijó en la petición segunda del escrito introductorio el valor de la prestación o sea el equivalente de la mercancía transportada y no entregada en los términos convenidos en el contrato; suma que también se tuvo en cuenta en el documento de porte. Es decir, tanto en el contrato como en la demanda, se hizo relevante el equivalente de la máquina, lo que, en verdad, limita un reajuste por concepto de la desvalorización de la moneda atendida la circunstancia de la actitud del propio actor y de los contratantes. Además, el recurrente se ampara en que por virtud de la apelación adhesiva procedía en segunda instancia un ajuste de valor, rechazada por el Tribunal por no haber sido solicitado en la demanda. *Yes que la oficiosidad argüida por el censor y reconocida por la Corte en la sentencia anteriormente citada, no se puede ampliar a todos los casos en que se aspire a la corrección monetaria porque no siempre se refieren a una misma situación. En el asunto que estudió la Corte y le abrió camino para sostener que, aun sin petición de parte, procedía, se trataba de la resolución de un contrato de compraventa en que el comprador cumpliente iba a recibir el precio pagado después de transcurridos muchos años en moneda depreciada mientras que al vendedor incumplidor se le restituía un bien raíz presumiblemente valorizado.*

Pero en el caso que se examina no hay restituciones recíprocas que amplíen la mentada oficiosidad, sino que por tratarse de la sustitución de una prestación, la equivalencia la impusieron los mismos contratantes y la reiteró el demandante en la petición segunda. Algo más: el demandante al consignar la suma de \$ 1.000.000.00 o la que fijaren los peritos, como daño emergente, en concordancia con el hecho XXIV de la demanda en que dice que “la pérdida de la máquina copiadora ocasionó perjuicios de singular gravedad pues impidió el ensanche de la empresa, el aumento de la producción, el incremento de la productividad, la disminución de gastos que la agobian en forma irresistible y el pago de intereses y gastos financieros sobre la inversión baldía”, orienta los aspectos indemnizatorios, de los cuales los peritos estimaron únicamente lo pertinente a intereses, acogidos en la sentencia de primer grado y confirmados por el Tribunal; es decir, el actor señaló el derrotero por el que se debía seguir para establecer el daño causado, de modo que recibiera un reconocimiento judicial, quedándole expedito el camino probatorio para regular y fijar el monto de los perjuicios. Y lo cierto es que el demandante se conformó con el dictamen que señaló, a manera de lucro cesante, los intereses de la suma de sustitución de la máquina porteada.

Por último, el artículo 1031 del Código de Comercio, que disciplina, como es sabido, el punto de las indemnizaciones por la pérdida de las

cosas transportadas, no pudo ser inaplicado como lo sostiene el censor, puesto que, precisamente, el sentenciador de segundo grado tuvo en cuenta, tal como lo había hecho el *a quo*, el dictamen de los peritos sobre los perjuicios, solo que reconoció lo pertinente al lucro cesante por la vía de los intereses, dejando al margen los otros factores alegados por el demandante por falta absoluta de pruebas. Y ya en el aspecto del daño emergente, el Tribunal no hizo nada distinto de concretar su reconocimiento al monto de la suma señalada en la carta de porte y consignada, también, en el *petitum* por el demandante. Si el Tribunal no acogió el dictamen pericial en el punto referido al valor estimado por ellos de la máquina transportada, como sí lo hizo para los restantes aspectos, fue, tal como tantas veces se ha afirmado a lo largo de esta providencia, por la limitación de la pretensión y al valor mismo señalado en la carta de porte.

Por todo lo dicho se infiere que los cargos no prosperan.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 8 de febrero de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Palillera Colombiana Ltda. “Pacol” contra Empresa de Transportes El Proveedor Ltda.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Germán de Gamboa y Villate, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SIMULACION

Al juez le es permisible dejar de lado lo que en el instrumento público han consignado las partes para otorgarle mérito a medios diferentes de prueba, cualquiera que sea su naturaleza, si es que éstos racionalmente lo persuaden por su mayor fuerza de convicción.

NULIDAD PROCESAL

Legitimación para invocarla.

Tanto dentro del curso del proceso como a través del recurso de casación sólo puede ser invocada por el litigante afectado con ella.

CASACION

Error de hecho - error de derecho.

Tienen distinta naturaleza jurídica, existe entre ellos gran diferencia y no se pueden confundir o refundir sus fundamentos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., 24 de abril de 1986.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Montería el 25 de octubre de 1984, dentro del proceso ordinario instaurado por Carlina Parra de Támer, Zoila Parra de Agámez, Alicia Parra de Mendoza y Lilia Parra de Pardo en frente de Angel María y Enrique Parra Suárez y Cecilia Parra de Lora.

ANTECEDENTES

1. En demanda cuyo conocimiento asumió por reparto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería, las señoras Carlina Parra de Támer, Zoila Parra de Agámez, Alicia Parra de Mendoza y Lilia Parra de Pardo, solicitaron que con citación y audiencia de los señores Angel María y Enrique Parra Suárez y Cecilia Parra de Lora, aquéllos y éstos como herederos de Valentín Parra Herrera, se hicieran las declaratorias que obedecen a las siguientes pretensiones:

a) Como petición principal solicitaron declarar que el contrato de compraventa "de que da cuenta la escritura pública número 63 del 15 de marzo de 1977, celebrado entre el hoy finado Valentín Parra Herrera y los señores Angel María Parra Suárez, Enrique Parra Suárez y Cecilia Parra Suárez de Lora, en la Notaría Unica de Cereté, fue practicado con FRAUDE A LA LEY por las personas que en él intervinieron...".

b) En subsidio de la anterior petición se elevaron estas otras:

1ª Declarar simulado el contrato de compraventa contenido en la susodicha escritura, y por medio del cual Valentín Parra Herrera dijo transferir "en venta real y enajenación perpetua" en favor de los demandados, un inmueble rural denominado "El Porvenir", con una cabida de cien (100) hectáreas, ubicado en jurisdicción del Municipio de Montería, corregimiento de "Garzones", alindado como se indica en el libelo.

2ª Declarar que el acto real encubierto por la Escritura pública número 63, "es un desheredamiento de hecho" en detrimento de los demandantes, "desheredamiento que es nulo, de nulidad absoluta porque no se sometió a las formalidades del testamento, ni se conformó a las reglas contenidas en el Título V, Capítulo IV, Libro 3º del Código Civil".

Como impetración subsidiaria de la precedente, se pidió declarar que el contrato (sic) que encubre la escritura pública número 63 es una "donación entre vivos" hecha por Valentín Parra H., en favor de sus hijos aquí demandados. "Donación que por no haber sido insinuada, es nula, de nulidad absoluta en cuanto excede de dos mil pesos (\$ 2.000.00) el valor del bien donado".

c) Como consecuencia, tanto de la petición principal como de las subsidiarias, solicitaron las actoras se declarara sin valor la inscripción de la escritura pública número 63 "...registrada en la Oficina de Registro del Círculo de Montería". Se oficiara al Notario de Cereté para que, en el respectivo protocolo, tomara nota de la invalidez de la escritura pública número 63. Se declarara que la sucesión ilíquida del señor Valentín Parra H., es propietaria del inmueble "El Porvenir". Se ordenara, en favor de la misma, la restitución del inmueble junto con los frutos civiles y naturales percibidos por los demandados desde que entraron en posesión material, como poseedores de mala fe, y no sólo los percibidos, "sino los que con mediana inteligencia y cuidado, hubiera producir" (sic).

d) También, y como subsidiaria de la pretensión de simulación, se suplicó la declaración consistente en que el señor Valentín Parra H. sufrió lesión enorme al efectuar la venta contenida en la escritura pública número

63, con las medidas anejas a tal definición, las que se enumeran a continuación en el escrito incoativo del proceso.

2. Ese cúmulo de pretensiones los dedujo la parte actora de los hechos que se compendian como sigue:

Después de informar que dentro del matrimonio de Valentín Parra H. con la señora Rebeca Suárez de Parra nacieron tanto las demandantes como los demandados, y de expresar que aquél, una vez que enviudó, contrajo segundo matrimonio con la joven Miryam Magaly Argel, “siendo don Valentín un anciano octogenario”, se expresa que por no haber podido convivir con su nueva esposa en la ciudad de Medellín, donde fijaron su residencia, don Valentín tornó a Montería al lado de su primogénito Angel María Parra a quien le dispensó “especial cariño y confianza”; a quien, además, le otorgó “poder general para la administración de sus bienes, con facultades amplias: administrativas y dispositivas, poder éste —se dice— que consta en la escritura pública número 1.073 de fecha 19 de septiembre de 1977, Notaría Segunda del Círculo de Montería”; y, en fin, a quien designó como primer albacea en su testamento.

Más adelante, al enunciar en los hechos noveno y décimo los aspectos que propiamente constituyen la columna vertebral del presente litigio, la parte actora da cuenta de estos sucesos:

Que faltándole pocos días para cumplir los noventa años de edad, don Valentín Parra H. otorgó en la Notaría Unica del Círculo de Cereté la escritura pública número 63 de fecha 15 de marzo de 1977, por medio de la cual dijo vender a sus hijos legítimos Angel María, Cecilia y Enrique Parra Suárez el predio “El Porvenir”.

Que, se dice en el hecho décimo, con esa escritura no se hizo cosa distinta que disfrazar una donación, lo que se desprende de los siguientes indicios:

“a) El precio irrisorio en que aparece vendida la finca El Porvenir con cabida de cien (100) hectáreas, por un millón seiscientos mil pesos (\$ 1.600.000.00) moneda legal, o sea un mil pesos de diferencia con el avalúo catastral que está muy por debajo del valor comercial del mencionado inmueble que en ningún caso es inferior a los diez millones de pesos (\$ 10.000.000.00) . . . ; b) La relación ya expresada de parentesco entre vendedor y compradores, siendo uno de éstos, el hijo mayor por quien el vendedor o presunto vendedor siempre demostró mayor afecto y confianza, tal como se desprende de la circunstancia de haberlo designado su albacea testamentario y su apoderado general; c) El estado de debilidad mental y físico (sic) del presunto vendedor don Valentín Parra Herrera, debido a su avanzada edad y a su precaria salud, siendo que, al momento de firmar poder general a favor de su hijo Angel María ante la Notaría Segunda de Montería, no pudo estampar su firma . . . ; d) El ocultamiento de los presuntos compradores a sus demás hermanos del otorgamiento de la escritura pública de compraventa por medio de la cual aparecen comprando a su legítimo padre el bien o finca rural El Porvenir, negocio este que vinieron a conocer las demandantes después de muerto el presunto vendedor o sea, siete (7) meses después de haberse consumado la falsa

venta. Este ocultamiento —se agrega— se hace más patente y malicioso si se tiene en cuenta que siendo los otorgantes del instrumento público referenciado, vecinos de la ciudad de Montería, otorgaron tal escritura pública en la ciudad de Cereté, cuando lo más lógico era haber firmado o corrido la susodicha escritura en el domicilio de los otorgantes en donde funcionan dos notarías, sin necesidad de movilizar a don Valentín a otro lugar por encontrarse éste delicado de salud; e) El no tenerse conocimiento, por parte de las demandantes y de sus esposos e hijos, sobre el destino que don Valentín le diera al dinero que los presuntos compradores dicen haberle pagado como precio de la compraventa de la finca El Porvenir, habida cuenta que el negocio o presunta compraventa se celebró apenas siete (7) meses antes de la muerte del presunto vendedor; y f) El hecho de que la promesa de venta que aparece agregada al expediente administrativo para lograr la exención de impuestos fiscales ante la Administración de Impuestos Nacionales de este lugar... No aparece autenticada, lo que demuestra el ánimo de parte de los contratantes o presuntos contratantes de ocultar el acto fraudulento tramado entre padre y parte de sus hijos legítimos...”.

Por último, se asevera en la demanda que se tenga en cuenta, para el caso de la no prosperidad de las otras pretensiones, que el precio de \$ 1.600.000.00 “es muy inferior a la mitad del justo precio del referido inmueble que se dice vender, para la época del otorgamiento de la pseudo escritura número 63 del 15 de marzo de 1977...”, sin que, tampoco, sobre resaltar que la verdadera intención de don Valentín Parra H. fue la de “desheredar parcialmente a las demandantes...” con lo que se cometió un clásico fraude a la ley.

2. Admitida la demanda y notificados los demandados del correspondiente auto admisorio, éstos, por intermedio de apoderado le dieron respuesta aceptando unos hechos y negando otros: En lo que respecta al otorgamiento del poder general dicen que, acorde con certificación médica protocolizada con la escritura, don Valentín Parra gozaba de “lucidez mental”.

Por lo que toca con la escritura pública número 63 exponen que, de un lado, hubo ánimo de vender, y de otro, intención de comprar. Niegan la existencia de la donación cuya presunción desvirtuaron legalmente. Afirman que el negocio fue real, y al aludir a los indicios invocados por la parte actora explican que el precio no fue irrisorio y que “es superior al del catastro”, siendo, además, “el precio comercial que se acostumbra en la región”. Destacan la que denominan “condición impuesta por los compradores” consistente en “permitir ‘al exponente vendedor que ocupe, hasta que sea su voluntad, el predio adquirido, sea a título de arrendamiento, o a título de usufructo, el que terminará por el hecho de su muerte’”.

Aunque exista parentesco entre el vendedor y los compradores, añaden, se desvirtuó la presunción de donación pues se pagó el precio. No había afecto especial de don Valentín por su hijo Angel María; su afecto era especial por todos sus hijos a quienes donó bienes de los que están en posesión. Al momento de la celebración de la compraventa don Valentín

no se encontraba débil física y mentalmente. La escritura es un acto público que se otorga ante un Notario público y se registra en una Oficina de Instrumentos Públicos; el haberla otorgado en Cereté no le quita ningún valor, y don Valentín falleció más de seis meses después, tiempo suficiente para descubrir un negocio que la misma ley no acepta como oculto. Concluyen diciendo que no es lícito indagar qué hace cada persona con lo que le pertenece. Que la autenticación de la promesa es un requisito adicional que no le quita validez al acto o contrato; en el caso de autos es un indicio favorable de la veracidad del contrato.

Por otra parte, niegan que el predio valiera más del doble del precio señalado para la compraventa, agregando que don Valentín sí tuvo ánimo de vender, habiéndolo expresado así tanto en la promesa de venta como en la escritura; también recibió el precio; y no es cierto que tuviera ánimo de desheredar a ninguno de sus hijos, puesto que a sus otros hijos y yernos hizo otras ventas, sin que por ello pueda decirse que hubo donación o simulación del contrato.

Y, a virtud de la respuesta dada a los hechos, terminan oponiéndose a las pretensiones de las demandantes.

3. Entablado el litigio en los términos que se dejan compendiados, el *a quo*, después de diligenciar las pruebas oportunamente pedidas y decretadas, le puso fin a la primera instancia con decisión desestimatoria de las pretensiones de la parte demandante, la que, no conforme con la medida, interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Montería.

4. El *ad quem*, después de una muy dilatada y accidentada tramitación de la segunda instancia, con fecha 25 de octubre de 1984 dictó la sentencia cuya parte resolutive es como sigue:

“1º REFÓRMASE (sic) la sentencia de fecha 26 de abril de 1979 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería, la cual quedará así:

“1. NIÉGASE la existencia del fraude a la ley.

“2. DECLÁRASE simulado el contrato contenido en la escritura pública número 63 de fecha 15 de marzo de 1977 otorgada en la Oficina de la Notaría Unica del Circuito de Cereté, por la cual Valentín Parra Herrera dice vender a sus hijos Angel María Parra Suárez, Cecilia Parra de Lora y Enrique Parra Suárez, y éstos comprar a aquél el inmueble rural denominado ‘El Porvenir’, situado en el corregimiento de Garzones, municipio de Montería, con todas sus mejoras, dependencias y anexidades, con área aproximada de 100 hectáreas, cuyos linderos están consignados en la primera petición subsidiaria de la demanda.

“3. DECLÁRASE que el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes es el de una donación entre vivos, hecha por Valentín Parra Herrera a sus hijos legítimos Angel María Parra Suárez, Cecilia Parra de Lora y Enrique Parra Suárez.

“4. DECLÁRASE que esta donación es válida en cuanto a la suma de dos mil pesos y nula en su exceso de dicho valor, por falta de insinuación.

“5. COMUNÍQUESE al Notario del Círculo de Cereté la parte resolutive de la presente providencia para que se sirva anotarla al margen de la matriz de la escritura pública número 63 de fecha 15 de marzo de 1977.

“6. DECLÁRASE que corresponde a la sucesión ilíquida del señor Valentín Parra Herrera la finca rural ‘El Porvenir’ descrita en el cuerpo del libelo demandatorio, en la que poseen también derechos proindivisos por la suma de dos mil pesos, los demandados, y se ordena a éstos o sea a los señores Angel María Parra Suárez, Cecilia Parra de Lora y Enrique Parra Suárez, a restituir a la sucesión testada de Valentín Parra Herrera, representada por sus herederos, el inmueble antes anotado, junto con los frutos civiles y naturales desde la fecha en que entraron en posesión material de dicho inmueble como poseedores de mala fe, dentro del término de diez (10) días, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

“7. CONFÍRMASE el punto 3º de la sentencia de fecha 26 de abril de mil novecientos setenta y nueve (1979).

“8. ...

“9. ...

“10. ...

“11. Téngase al doctor Carlos Londoño Mora, como apoderado de Enrique Parra Suárez, Cecilia Parra de Lora, Enma (sic) Jácome de Parra y Valentín Parra Jácome, para los fines y en los términos consignados en el memorial-poder que obra en autos. Sin notificación a los poderdantes del doctor Londoño Mora por renuncia expresa a ella”.

Contra la sentencia anterior interpuso recurso de casación la parte demandada.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

1. El Tribunal, después de relatar los antecedentes del negocio y de transcribir tanto la resolución del *a quo* como la parte de la motivación del fallo de éste en la que se alude el fraude a la ley, señala que si bien aquí no se da esta figura, ello no es por lo que se dijo en la primera instancia, sino porque el material fáctico apunta hacia otra imagen, a saber, la simulación.

Sentado lo anterior y después de exponer, en su concepto, lo que es el fraude a la ley, así como de puntualizar sus diferencias con la simulación, anuncia que el contrato en torno del cual gira el presente litigio “disfraza una verdadera donación, y por consiguiente el negocio es de carácter simulado”.

2. Con una transcripción jurisprudencial de la Corte, entra a ocuparse de las clases de simulación, así como de su prueba, para concluir que bajo el régimen actual dicha prueba es libre. Registrada esta premisa, agrega que en el caso *sub examine* la simulación sólo se puede establecer “mediante la prueba indiciaria que a pesar de ser de suyo muy difícil en cuanto a su tratamiento, es la que con más esplendor brilla en el expe-

diente y la que autoriza tomar la determinación de que se está en presencia de una maniobra auténticamente simulatoria”.

3. Ello dicho, encuentra que están demostrados los siguientes indicios:

a) *El parentesco* que ligaba al presunto vendedor con los demandados, por ser el primero padre legítimo de los segundos, quienes, además, fueron reconocidos como herederos dentro de la sucesión de aquél.

b) *El afecto* demostrado por el vendedor hacia Angel María Parra, uno de los compradores, puesto que convivió con él durante los últimos días de su vida y fue la persona a quien 14 días antes de su muerte don Valentín confirió poder general para administrar sus bienes con facultades dispositivas.

c) *La falta de necesidad de vender*, deducida por el Tribunal de que Valentín Parra H., quien había recibido dos ofertas de compra a razón de \$ 80.000.00 y \$ 50.000.00 la hectárea, respectivamente, las declinó por juzgarlas bajas, sin embargo de lo cual aparece de la noche a la mañana vendiendo por un precio supremamente inferior, lo que, arguye el Tribunal, “descarta al rompe la necesidad de vender con proyecciones de recibir provechosamente el producto de la compraventa”.

d) *El precio vil* que el Tribunal encontró probado con las varias experticias obrantes en el proceso y de las que “se desprende que el precio comercial de la finca ‘El Porvenir’ en ningún caso es el exiguo que se estipuló en la correspondiente escritura pública”. Uno de los peritos, se dice a continuación, calculó el valor de la hectárea, para la época de la venta, en \$ 60.000.00, lo que, al aumentarle el valor de las *anexidades*, daría para las cien hectáreas del inmueble un total de \$ 6.240.000.00. El otro perito, agrega el fallo, tasó en \$ 65.000.00 el precio de la hectárea y el inmueble todo en \$ 6.800.000.00. En un nuevo dictamen los mismos peritos calcularon el valor de la hectárea en \$ 40.000.00, mientras que un tercer informe de otros peritos, se justiprecia en \$ 45.000.00 la misma unidad de medida, y la heredad toda en \$ 4.500.000.00, “todo lo cual, remata el Tribunal, indica... que el precio que se dice haberse pagado por el inmueble, esto es \$ 16.000.00 la hectárea es proporcionalmente menor al verdadero y justo precio”.

e) *El comportamiento de las partes en la ejecución del contrato*. Expone el Tribunal que funcionando dos Notarías en Montería, se prefirió otorgar la escritura en la Notaría Unica de Cereté sin una razón plausible, pues no es “del todo convincente” el que “Valentín Parra Herrera quería desocuparse pronto del asunto y se negaba a concurrir a las Notarías de Montería”, a lo que, continúa diciendo el Tribunal, se le debe agregar “el silencio guardado por los presuntos compradores sobre la realización del negocio” hasta el punto de que los hermanos de los mismos sólo tuvieron conocimiento de él a la muerte del vendedor. Y, en fin, también llama la atención la no autenticación de la promesa suscrita para la posterior realización del contrato, pues “se mantuvo como documento de íntima privacidad”, amén de que las partes incumplieron los plazos pactados en ella.

f) *La edad* del vendedor fue también otro indicio tomado en cuenta por el *ad quem* como demostrativo de la simulación, pues cuando aquél

suscribió la escritura pública número 63 tenía 91 años de edad, la que es, dice, “extremadamente elevada en nuestro medio, y que por lo regular debilita la voluntad por la sugestión”, a lo que se le ha de añadir la enfermedad, hecho “afirmado por varios testigos, cuando hacen saber que (Valentín Parra) sufría desvaríos y se sentía inspirado o gobernado por disposiciones extraterrestres de San Gregorio”.

El anterior apoyo probatorio le sirvió al Tribunal para concluir que “...no se está en presencia de un verdadero contrato de compraventa, sino que la intención de las partes fue la de vincularse por una donación entre vivos, y por tanto se deberá declarar la simulación relativa...”.

4. A renglón seguido entra a descartar los contraindicios aducidos por la parte demandada por no reputarlos como “potencialmente fuertes” para desvirtuar los hechos que estimó como indicios graves: En cuanto al pago verificado por medio de bancos manifiesta que “las certificaciones bancarias en distintos días, no son concluyentes sino en cuanto al cobro de cheques, pero no en que se haya incorporado el dinero al patrimonio del interesado”. Y en cuanto a “la Resolución número 014 de 7 de marzo de 1977 de la Administración Regional de Montería, por medio de la cual se desvirtúa una donación” sostiene que “cumple una finalidad específicamente fiscal y se basa sobre pruebas de menor calidad que las que obran o deben obrar en un proceso contencioso civil con carácter de plena prueba”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos, uno con invocación de la causal 5ª, y el otro con base en la causal 1ª, dirige el recurrente en contra de la sentencia impugnada.

Se estudiarán por separado siguiendo el orden lógico de los mismos.

Segundo cargo.

1. Empieza el casacionista por anotar que la demanda original se dirigió contra Angel María Parra Suárez —fallecido—, Enrique Parra Suárez y Cecilia Parra de Lora, y que al faltar el primero de los nombrados, por razón del fenómeno de la sucesión procesal al proceso han debido ser llamados el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes y los herederos (art. 60, C. de P. C.). Sin embargo, el proceso continuó hasta quedar “legalmente suspendido” por la renuncia presentada por el mandatario del litigante muerto, según memorial presentado personalmente por él mismo el 15 de octubre de 1982, renuncia que el Tribunal apenas tramitó mediante auto del 15 de junio de 1983, en el que se ordenó la notificación de las personas llamadas a sustituir al demandado extinto.

2. Algunas de ellas se notificaron personalmente, “pero dos —Iván Parra Jácome y Rebeca Parra de Méndez— no fueron llamados al proceso, ni personalmente ni por emplazamiento”, hecho que configura la causal de nulidad contemplada en el numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, siendo a la vez causal de casación.

3. Concluye el recurrente que “aparece tan flagrante (sic) la burla al derecho de defensa por parte del fallador, que sólo en la sentencia dictada en fecha 25 de octubre de 1984 —dos años después de la renuncia del apoderado— vino a reconocer personería al nuevo mandatario judicial en representación de la cónyuge y de uno de los hijos del litigante fallecido...”.

Después de decir que los demás interesados se quedaron sin apoderado desde el momento mismo de la renuncia hasta el pronunciamiento del fallo, reitera que “no se practicó en legal forma la notificación o el emplazamiento de todas las personas que debieron ser llamadas al proceso... en calidad de sucesores del demandado fallecido...”.

SE CONSIDERA

1. Dentro de la larga y accidentada tramitación de la segunda instancia de este proceso, el 15 de octubre de 1982, el abogado que venía representando al demandado Angel María Parra S. manifestó que éste había muerto; que como la mayoría de los herederos no tenían confianza en su actuación renunciaba al poder, y, en consecuencia, pedía que, aceptada la renuncia, la providencia respectiva se notificara a la señora Emma Jácome de Parra, viuda y albacea de Angel María Parra, y a sus hijos Valentín Parra Jácome, Iván Parra Jácome, Luis Elena Parra de Espinosa, Miryam Parra de Hodge (sic), Bertha Parra de Sánchez, Rebeca Parra de Méndez y Edith González de Parra, al igual que a los demás herederos testamentarios y legatarios.

2. Esa manifestación del abogado, a la que no se acompañó ningún elemento demostrativo del fallecimiento del poderdante ni de la condición de herederos del mismo de las personas a quienes se pidió notificar la aceptación de la renuncia, únicamente vino a ser diligenciada por medio de proveído que data del 15 de junio de 1983, pues, entretanto, se tramitaban los impedimentos expuestos por algunos magistrados y conjueces integrantes de la Sala. El Tribunal aceptó la renuncia del abogado y dispuso la notificación a los interesados relacionados por el abogado, de conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.

Fue así como recibieron notificación personal la señora Emma Jácome de Parra, y los señores Valentín Parra Jácome, Luz Elena Parra de Espinosa, Miryam Parra de Hodeg, Bertha Parra de Sánchez y Edith González de Parra.

Según el casacionista, otras dos personas, Iván Parra Jácome y Rebeca Parra de Méndez, no fueron llamadas al proceso, “ni personalmente ni por emplazamiento”, hecho que, a su modo de ver, “configura la causal de nulidad prevista en el numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil”.

3. *Visto que el recurrente invoca por la vía de la casación el motivo de nulidad consistente en no haberse practicado “... en legal forma la notificación o el emplazamiento de las demás personas que deban ser citadas como parte, aunque sean indeterminadas, o de aquéllas que hayan*

de suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al ministerio público en los casos de ley” (art. 152-9º, C. de P. C.), precisa observar, primordialmente, que el ordenamiento ha señalado, en términos muy concretos, a quién corresponde la iniciativa para el planteamiento de esta causal. En efecto, acorde con el inciso 3º del artículo 155 ib., “la nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada”.

4. Dos aspectos deben ser tomados en cuenta al analizar el precepto transcrito: Uno, que su imperio se extiende no sólo a las instancias del proceso, sino que también ha de ser acatado cuando la nulidad se alega en casación con apoyo en la causal 5ª del artículo 368 ib., por cuanto, como desde muy vieja data lo tiene definido la jurisprudencia de la Corte, no hay motivo jurídicamente valedero para que, por virtud del ejercicio del recurso extraordinario ese factor de nulidad procesal pueda alterarse en sus efectos.

Y el otro aspecto radica en que el precepto, por los términos en que está concebido, inexorablemente apunta hacia la persona indebidamente representada, notificada o emplazada como la única a quien la ley le reconoce interés, serio y actual, para proponer la nulidad. La jurisprudencia de la Corte, también desde hace algún tiempo, ha entendido que en este cometido esa persona no puede ser reemplazada ni siquiera por el litis consorte.

En sentencia del 22 de mayo de 1979 expuso la Corte: “Es pertinente recordar aquí, en primer término, que dentro de los principios que gobiernan el régimen de las nulidades procesales se enlista el de la protección, por virtud del cual se han consagrado las nulidades dichas con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad. Fundándose pues en dicho principio, desde vieja data viene sosteniendo la Corte que la falta de notificación o emplazamiento en legal forma, como causa de nulidad, sólo puede ser invocada en casación por el litigante afectado con ella. Y esta doctrina no solamente no ha perdido vigencia hoy, sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil”.

5. En atención a que en el caso *sub judice* la causal de nulidad por indebida notificación de quienes han debido ser citados al proceso como sucesores de uno de los demandados no ha sido propuesta por aquellas personas que supuestamente encuéntrase dentro de tal circunstancia, se impone el rechazo del cargo por su improcedencia en razón de la falta de interés de los recurrentes en relación con la susodicha fuente de invalidación del proceso.

Primer cargo.

1. Con apoyo en la causal primera de casación, acusa el recurrente la sentencia por “aplicación indebida de los artículos 6º, 1766, 1443, 1450, 1457, 1458, 1500, 1501, 1502, 1740, 1741, 1742, 1746, 946, 947, 949, 959, 952, 961, 962, 964, 969 del Código Civil y falta de aplicación de los artícu-

los 740, 742, 743, 754, 749, 756, 1626, 1634, 1849, 1857, 1864, 1928, 1929 y 1934 del mismo Código y 882 del Código de Comercio, violación determinada en ambos conceptos por errónea apreciación de las pruebas que se puntualizan en la fundamentación del presente cargo”.

2. A efectos de desarrollar el cargo, el recurrente empieza por recapitular las decisiones tomadas en la sentencia acusada y advierte que “esta complejidad de materias explica la abundancia de las citas de las disposiciones que se estiman violadas, ora por indebida aplicación o ya por inaplicación, y en ambos conceptos por errores de hecho en la apreciación de algunas pruebas y por falta de apreciación de otras...”.

3. A continuación, como pruebas mal apreciadas el censor cita las siguientes:

a) La escritura pública número 63 del 15 de marzo de 1977 de la Notaría Unica de Cereté, contentiva de la venta hecha por Valentín Parra H. a Angel María Parra S., Enrique Parra S. y Cecilia Parra de L., en la cual se declara, entre otras cosas, que fue pagado el precio de un millón seiscientos mil pesos (\$ 1.600.000.00). Argumenta el recurrente que el Tribunal interpretó dicho contrato como si fuera una donación entre vivos, por carencia de precio real y serio, pues el pactado resulta exiguo, y que tal apreciación es “profundamente equivocada y sin base probatoria”. Para sustentar su punto de vista transcribe el artículo 1934 del Código Civil, respecto del cual aduce que, aun cuando la jurisprudencia ha atemperado su rigorismo, la interpretación doctrinal no puede llegar hasta hacerle perder su eficacia, eficacia que estriba en “la presunción de legalidad que ampara los actos elevados a escritura pública” y el “respeto debido a las manifestaciones de voluntad” que en la misma se hacen constar, una de las cuales es “la referente al pago del precio en la compraventa”. De tal enfoque infiere que “el derecho probatorio le otorga a la escritura pública y a las declaraciones contenidas en tal instrumento, un alcance que sólo puede ser desvirtuado por un medio de igual o superior categoría (C. de P. C., 232, 258, 264); lo que conduce a decir que la prueba de la simulación tiene “sus limitaciones y restricciones” y que “ni los testimonios, ni los indicios tienen el alcance probatorio suficiente para enervar o desvirtuar el hecho del pago del precio sentado en la escritura de venta”, lo que refleja “el error de hecho en que incurrió el sentenciador, al interpretar erróneamente el contrato de compraventa, y aceptar, como resultado de esa equivocación, el no pago del precio”.

b) La promesa de compraventa suscrita entre las mismas partes, en la cual aparecen ya “los elementos esenciales de la compraventa”, promesa en cumplimiento de la cual se otorgó la escritura pública número 63. Dice el censor que el Tribunal no tuvo en cuenta esta prueba “acerca de la realidad del contrato de compraventa y de allí el error de hecho...”.

c) La Resolución número 014 del 7 de marzo de 1977, la que se dictó por el funcionario competente “con base en la prueba de la realidad del contrato prometido... y la capacidad económica de los compradores”, para desvirtuar la presunción legal de donación entre vivos que pesa sobre “la enajenación de bienes hecha a parientes dentro del cuarto grado (sic), segundo de afinidad y único civil”. De esa Resolución obra copia

auténtica en el expediente, y desvirtuada por medio de la misma la presunción de donación, concluye el recurrente, “desaparece no sólo la presunción misma, sino también todo indicio acerca de la donación presunta”, por lo que el Tribunal “debió apreciar rectamente este medio probatorio, que por sí solo dejaba sin entrada los hipotéticos indicios referentes a la posible donación, toda vez que la presunción legal es un medio probatorio de mayor jerarquía que el indicio”.

d) La inspección judicial practicada a los Bancos Ganadero, Cafetero y de Colombia con el fin de constatar cómo los tres cheques girados por los compradores sobre sus respectivas cuentas corrientes, por la suma de \$ 533.333.40, cada uno de ellos, en favor del vendedor, cobrados por intermedio del Banco Industrial Colombiano, y cuya suma total asciende a \$ 1.600.000.20, que es igual prácticamente al precio pactado en la escritura de compraventa.

Expone el recurrente que el sentenciador consideró que esta prueba “... sólo es concluyente en cuanto al hecho de haberse cobrado los cheques pero no, en cuanto a que él hubiera entrado al patrimonio del vendedor. Con lo cual —agrega— incurre en otro desacierto, pues si el cheque es pagado al beneficiario, ingresa inmediatamente a su patrimonio”.

e) Los informes de Bancos. Se refiere el casacionista al informe rendido por el Banco Industrial mediante oficio número 0407, en relación con la cuenta corriente número 2282, a nombre de Valentín Parra Herrera, y concretamente a la consignación en dicha cuenta de tres cheques procedentes de los Bancos Cafetero, Colombia y Ganadero, por valor de \$ 533.333.40, cada uno de ellos, prueba que siendo idónea para acreditar el pago del precio, únicamente le merece al sentenciador el comentario “... de que solamente sirve para acreditar el cobro de cheques, pero no de que el dinero se halla incorporado al patrimonio del interesado, como si la cuenta no formara parte del patrimonio”. Y concluye aquél que “resulta igualmente equivocada la apreciación que de este medio probatorio hace el sentenciador de segunda instancia”.

f) Los indicios. Según el recurrente el sentenciador incurrió en error de hecho evidente y trascendente “en la elaboración y concatenación de los indicios”, cuyo enlace en la sentencia es el siguiente:

1.—El parentesco. El recurrente, quien dice que es cierto que “existe el grado de parentesco y lo es también que la compraventa entre padres e hijos se presume donación”, añade que esta presunción admite prueba en contrario y que al efecto se solicitó y obtuvo la resolución administrativa mediante la cual se desvirtuó la presunción de donación, y que “desvirtuada tal presunción no puede erigirse como indicio, en la forma en que lo hace el Tribunal”.

2.—El afecto. Predicado con respecto de Angel María Parra “se olvida que los otros dos contratantes están dentro del mismo grado de parentesco, como también lo están los cuatro demandantes”, circunstancia a la cual se le agrega que “la compraventa aparece realizada en favor de tres de los hijos, por iguales partes...”, por lo que no hubo preferencia para uno de los contratantes, en razón de mayorazgo, como se acepta por el sentenciador.

3.—La falta de necesidad de vender. Critica el censor este indicio observando que él parece más una reminiscencia del derecho romano “cuando se consideraba que en la compraventa el vendedor vende por necesidad, y el comprador compra por aprovechamiento de esa circunstancia”.

4.—El precio vil. Dice el censor que los avalúos en los que se apoyó el Tribunal para erigir este indicio “no pueden tenerse como elementos probatorios, porque todos fueron objetados y no se resolvió acerca de tales objeciones, ni en la primera ni en la segunda instancia”, a lo cual se le debe sumar que “en todos los experticios se incurrió en el error de avaluar por separado la nuda propiedad y el usufructo, trayendo con ello mayor confusión acerca del valor del inmueble...”. Por eso, el Tribunal “no estaba facultado” para acatar tales dictámenes periciales.

5.—Comportamiento de las partes en la ejecución del contrato. Anota el recurrente que el que la escritura se hubiera otorgado en Cereté y no en Montería, donde hay dos notarías, es circunstancia sin “ninguna incidencia ni trascendencia” pues su ocurrencia es diaria en la vida de los negocios.

6.—Sigilo en la realización del negocio. Estima el casacionista que este es un indicio sin ningún fundamento “toda vez que la escritura pública y el competente registro, tienen y tuvieron para el caso el fin primordial de dar publicidad a los negocios jurídicos, por lo que no hay sigilo o secreto.

7.—La no autenticación de la promesa de venta. Según el recurrente “ninguna obligación existe, como lo pregona el fallo acusado, de autenticar el documento”, lo que evidencia el error de hecho del Tribunal.

8.—La edad. Este indicio carece de consistencia “toda vez que la invalidez de los actos jurídicos se predica cuando son realizados por el hijo de familia, pero no por las personas mayores de edad, así ésta sea muy avanzada”, de la cual, se agrega, no se puede inferir, como lo hace el Tribunal, “la enfermedad y menos la falta de lucidez mental, que pueda viciar el consentimiento”.

3. Al rematar el cargo, el recurrente, sintetizándolo, dice que “el error de hecho, manifiesto y evidente en la apreciación de las pruebas que se dejan reseñadas, tuvo su expresión y trascendencia en la resolutive del fallo acusado” al declarar la simulación de un contrato real y lícito, y luego “por acoger las pretensiones sobre donación y nulidad de la misma...”, por lo cual resultaron indirectamente violadas las normas sustanciales que se citan como indebidamente aplicadas; habiendo, además, el Tribunal dejado de aplicar las disposiciones que también se citan, en particular las referentes al pago de las obligaciones, entre las cuales se halla el artículo 882 del Código de Comercio.

SE CONSIDERA

1. *Se empieza por recordar que, a términos del inciso 2º del ordinal 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, los errores de eva-*

luación probatoria en los que pueda incidir el fallador al dictar la correspondiente sentencia son de dos clases: De hecho y de derecho.

“Ocurre el error de hecho —ha expresado la jurisprudencia de la Corte— cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido; se presenta el error de derecho, en cambio, cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o la eficacia de la prueba, o su evaluación, es decir, cuando el juez interpreta dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos...”. (Cas. civ. 8 de junio de 1978).

Exigencia común a ambas clases de error en su trascendencia a la resolución tomada por el juzgador, o sea, que ésta aparezca indefectiblemente ligada a la desacertada apreciación de determinados medios probatorios contenida en la parte motiva de la sentencia. En lo que respecta al error de hecho debe, además, mostrarse como evidente, es decir, palpable al primer golpe de vista, lo que comporta que su hallazgo no puede depender de razonamientos más o menos elaborados. Y por lo que toca con el error de derecho, dado que él concierne a la faz jurídica de la producción o de la calificación de la prueba, su configuración no es adecuada a los fines de la casación si el recurrente no señala específicamente las normas reguladoras de la actividad probatoria propia del medio acerca del cual se denuncia el error.

Siendo distinta la naturaleza jurídica de uno y otro tipo de error, se tiene que, tal y como lo ha expuesto la Corte, “... es impropio... que combatida la sentencia del Tribunal por yerro de valoración, la censura desarrolle el cargo por yerro de hecho, como también lo es que cuando montado el ataque por el primer yerro, el censor se desentiende de señalar las normas de disciplina probatoria que considera fueron infringidas por el ad quem en la estimación de los elementos de convicción” (Cas. civ. 17 de mayo de 1985).

2. En el presente caso el recurrente ha edificado el cargo que ahora se despacha sobre los errores de hechos en los que incurrió el Tribunal al apreciar el caudal probatorio que le sirviera de soporte para declarar simulada la compraventa contenida en la escritura pública número 63 del 15 de marzo de 1977 de la Notaría Única de Cereté, errores que, según el censor, condujeron al *ad quem* a la violación de las normas atrás citadas.

Empero, de entrada encuentra la Corte que no en todos los medios probatorios citados por el recurrente, la sustentación de la censura se orientó hacia la demostración del anunciado error de hecho, pues respecto de algunos tomó el rumbo del error de derecho, más sin imprimirle al análisis el desenvolvimiento que técnicamente le correspondía.

Realmente, al referirse a los dictámenes periciales en los que el *ad quem* hizo descansar el indicio designado como “precio civil”, estimó que los mismos no podían ser tenidos como elementos probatorios “porque todos fueron objetados y no se resolvió acerca de tales objeciones ni en la primera ni en la segunda instancia”. Sin esfuerzo se comprende que este tratamiento de la cuestión nada tiene que ver con lo que constituye el

error de hecho, ya que al *ad quem* no se le ha criticado por cercenar, adicionar o malinterpretar las experticias, sino por haberles otorgado un mérito probatorio que a juicio del censor no les era atribuible por las razones acabadas de mencionar.

Tornando a lo dicho un poco atrás, *el error de derecho emerge, entre otros supuestos, cuando el fallador, con desconocimiento de las normas legales que reglamentan ya sea la producción, ya la evaluación de las pruebas, le asigna a determinado medio un valor que, de haber tenido presente esas normas, no se lo hubiera conferido, siendo, por lo mismo, pertinente observar que esas normas tampoco fueron citadas acá por el casacionista.*

Entonces, si el desenvolvimiento del cargo no se ajusta al anunciado error de hecho, y si, además, su presentación tampoco se ciñe a la técnica exigida para el planteamiento del error de derecho, la censura manifiéstase como estéril.

Así mismo, conviene decir que no es adecuado el ataque del recurrente a los dictámenes periciales por causa del avalúo independiente de la nuda propiedad y del usufructo, toda vez que un reparo semejante es más propio de un alegato de instancia que de una demanda de casación porque con él no se está enjuiciando la labor del fallador al estimar la prueba, sino la prueba en sí misma.

Por motivo igual al antes anotado, la esterilidad del cargo es también advertible en relación con el reproche que el censor le dirige a la sentencia del Tribunal cuando no admite la Resolución número 014 del 7 de marzo de 1977, por medio de la cual la Administración de Impuestos Nacionales de Montería declaró desvirtuada la presunción de donación que pesaba sobre la compraventa ajustada entre Valentín Parra H. y sus hijos Angel María, Enrique y Cecilia Parra S. Ciertamente: señala el recurrente que al desaparecer la presunción de donación, se esfuma no sólo la presunción misma, "sino también todo indicio acerca de la donación presunta". El que una prueba determinada pueda llegar a perder su significación por obra de los efectos irradiantes que se generen al desvanecerse la presunción, sería un problema que, como el propio recurrente implícitamente lo acepta cuando asevera que "la presunción legal es un medio probatorio (sic) de mayor jerarquía que el indicio", se relacionaría con la eficacia que merezcan los medios probatorios en razón de la posición que ocupen dentro de cierto escalafón valorativo cuya existencia, como apenas es de suponerse, no podría hallarse más que en un precepto legal que lo establezca, por donde viene a verse que al recurrente le faltó en el punto invocar las normas que, en su sentir, le concedan a la desvirtuación de la presunción la fuerza capaz de expandir sus secuelas extintivas hasta otros medios probatorios.

Y como el ataque al indicio dimanante del parentesco entre las partes del contrato lo desarrolla el casacionista con apoyo en que la Resolución número 014 declaró desvirtuada la presunción de donación, cabe, con relación al mismo, decir otro tanto, puesto que a pesar de no cuestionar el recurrente la existencia del parentesco en primer grado de consanguinidad entre vendedor y compradores, sí arguye que al desaparecer la presunción de donación, ese parentesco no se podía erigir en indicio. Reiterando lo

anotado en el aparte inmediatamente anterior, tal enfoque no corresponde al error de hecho por el que viene enjuiciado el fallo pues el recurrente no se aparta de la presencia del hecho indicador tal y como lo admitió el *ad quem*. Lo que ha querido dar a comprender el casacionista es que el nexo causal entre ese hecho indicador (parentesco) y el indicado (la simulación del contrato) se ve interrumpido por obra de la desvirtuación de la presunción de donación contenida en la Resolución administrativa número 014. Y este aspecto, dicese otra vez, atañe a la perspectiva jurídica de la prueba, por lo que era de la incumbencia del demandante en casación el mencionar el o los preceptos legales por cuya virtud llegue a ser jurídicamente posible afirmar que al desaparecer una presunción se neutraliza o anula el enlace entre el hecho indicador y el indicado.

3. Pero la falta de técnica en la enunciación del cargo es también reconocible en otros aspectos del mismo.

“Dentro de la técnica del recurso de casación —ha dicho la Corte— que se deduce de su carácter extraordinario, de la preceptiva legal a que está sujeto y de la abundante doctrina que al respecto ha sentado esta Corporación, no es dable acusar una sentencia como si se estuviera en el ámbito de las instancias. Tampoco lo es . . . por consideraciones del recurrente que se limitan a disentir de la apreciación probatoria que hizo el Tribunal, sin poner de presente ‘en forma precisa y clara’ en qué consistieron los errores en que pudo haber incurrido el sentenciador al apreciar los elementos de juicio que obran en el proceso. . .” (Cas. civ., 28 de mayo de 1979).

Al criticar la sentencia por la admisión del indicio denominado “falta de necesidad de vender” —extraído de algunas declaraciones que refieren cómo el vendedor había recibido con anterioridad ofertas de compra del predio por precios mayores al que aparece acordado en la escritura pública número 63—, el demandante se limita a decir que el indicio “más parece una reminiscencia del derecho romano, cuando se consideraba que en la compraventa el vendedor vende por necesidad y el comprador compra por aprovechamiento de esta circunstancia”, lo que nada tiene que ver con la configuración que del hecho indicador llevó a cabo el fallador, ni con la eventual falta de conexidad de ese hecho con los otros indicios, ni, en fin, con la inferencia a que él pueda dar lugar para establecer la simulación. En suma, no se ha mostrado, en forma precisa y clara, cuál sea el error de hecho que pudiera haber cometido el *ad quem* al tener como probado el susodicho indicio.

Por otra parte, cuando el recurrente enjuicia la apreciación que del indicio llamado “comportamiento de las partes en la ejecución del contrato” realizó el Tribunal, no acierta a desarrollar, en las condiciones que con respecto de la prueba precedente se echaron de menos, el examen demostrativo del error de hecho que aquí, igualmente, se señala como palpable.

Está visto que el *ad quem* encuentra para este indicio un triple fundamento pues, por fuera de asentarlos en que a pesar de existir en Montería dos Notarías, los contratantes se trasladaron a Cereté a otorgar allí la escritura pública, también lo basa en el silencio que guardaron los com-

pradores ante sus hermanos, y en que la promesa de contrato que antecedió a la escritura no se autenticó por sus suscriptores. Quiso, entonces, el Tribunal subrayar la manera elusiva en el comportamiento de vendedor y compradores antes, en y después de la celebración del contrato. Ese, y no otro, es el indicio.

Sin embargo, el recurrente, quien lo divide por tres, no atina a encajar su censura dentro de las exigencias propias del error de hecho: Del traslado de las partes desde Montería a Cereté para correr allí la escritura pública se limita a observar que es circunstancia sin “incidencia ni trascendencia... de diaria ocurrencia en la vida de los negocios”. Del silencio guardado por los compradores en frente de sus hermanos dice que las solemnidades previstas en la ley —escritura y registro— le confieren suficiente publicidad al acto. Y de la no autenticación de la promesa señala que ese requisito “no es de obligatorio cumplimiento, como con evidente error de hecho lo pide el Tribunal”.

Como es palmar, ninguna de las tres observaciones está enderezada a la demostración del error de hecho en que hubiera podido caer el sentenciador cuando dio por establecido este otro indicio de la simulación toda vez que la primera carece por entero de significación para el fin supuestamente buscado por el recurrente; la segunda, a más de no adecuarse a lo que encontró probado el Tribunal, es una simple reproducción de lo aducido por los demandados en los interrogatorios de parte por ellos abuelos; y la tercera le hace decir a la sentencia lo que no expresa pues en ninguna de sus partes se habla de ser la autenticación del contrato de promesa un requisito de obligatorio cumplimiento.

De otro lado, si es que el recurrente creía que este indicio no era, en verdad, uno sino tres, y que su amalgama por el Tribunal obedeció a un error, así lo ha debido consignar y demostrar “en forma precisa y clara” el error de hecho, en lugar de fraccionarlo *motu proprio*, máxime cuando, como un poco antes se anotó, lo perseguido por el *ad quem* consistió en darle realce al sigilo de la conducta de las partes, no en un momento particularmente considerado de la ejecución del contrato, sino durante todas sus fases cronológicas.

4. Pese a lo hasta aquí dicho, la Sala examinará lo que resta del cargo, como quiera que el ataque sigue en pie en frente de otros aspectos del fallo tan importantes como el concerniente al pago del precio por los compradores del fundo.

Desde dos ángulos impugna el recurrente la sentencia en cuanto a la conclusión que allí se adopta acerca del aludido punto, o sea, el pago de \$ 1.600.000.00 que, se afirma por el recurrente, fue el precio acordado por la hacienda “El Porvenir”:

a) Señala aquél que en la escritura pública número 63 del 15 de marzo de 1977 consta el pago del precio, pactado en la suma de \$ 1.600.000.00; y que la argumentación del Tribunal destinada a contrarrestar probatoriamente tal declaración es “equivocada y sin base probatoria”, para lo cual invoca el artículo 1934 del Código Civil y, con tal fundamento, llega a concluir que “la seguridad jurídica y la presunción de legalidad que

ampara los actos elevados a escritura pública, respaldan la exigencia legal acerca del respeto debido a las manifestaciones de voluntad que se hacen constar en escritura pública”, una de las cuales es la que concierne al pago del precio en la compraventa; de ahí que, añade a manera de corolario, el derecho probatorio le otorgue a las declaraciones contenidas en tal instrumento “un alcance que sólo puede ser desvirtuado por un medio de igual o superior categoría (C. de P. C., 232, 258, 264)”.

Ante todo, y habida cuenta de que el recurrente a más de citar las susodichas normas de disciplina probatoria, manifiesta también que “ni los testimonios, ni los indicios tienen el alcance probatorio suficiente para enervar o desvirtuar el hecho del precio sentado en la escritura de venta”, con amplitud habrá que entender, no obstante las afirmaciones del recurrente en sentido diverso, que la crítica a la sentencia viene dirigida por error de derecho puesto que lo evidente, y así parece admitirlo el propio recurrente, es que el Tribunal, por fuera de haber visto la cláusula escrituraria sobre el pago del precio, le negó a ésta todo valor cuando definió que el acto verdaderamente querido por las partes fue una donación.

Aclarado lo anterior, se tiene que *de modo invariable la Corte ha expuesto que la declaración sobre pago del precio contenida en la escritura pública admite prueba en contrario entre las partes, mas no cuando se trata de accionar en frente de terceros poseedores, distinción, o mejor, puntualización del real sentido del artículo 1934 del Código Civil que no es el fruto de exigencia más o menos caprichosa del intérprete. Ciertamente: el artículo 1934 de nuestro Código Civil es igual al inciso 2º del artículo 1876 del Código Civil chileno, cuyo inciso 1º corresponde a nuestro artículo 1933. Examinado en su conjunto, la coherencia del precepto chileno se nota a simple vista: trata él de los efectos de la resolución del contrato de compraventa, en frente de terceros poseedores, por el no pago del precio, hipótesis ésta que descomponen en dos partes: una, que remite a los artículos 1490 y 1491 de ese ordenamiento (equivalentes a nuestros artículos 1547 y 1548), o sea, cuando consta la condición por el no pago del precio, y otra, cuando en la escritura se expresa el pago del precio. Por virtud de la primera hipótesis es posible accionar en frente de terceros poseedores, eso sí, siempre y cuando se den las condiciones contempladas en los artículos con los que la norma se enlaza, pero por la segunda, ya no será permisible hacerlo, a menos, claro está, que se demuestre la nulidad o la falsedad de la escritura.*

En lo que atañe a nuestro artículo 1934 es en razón de ese antecedente que debe ser armonizado con la norma que lo precede para, con fundamento en esa concomitancia, extraer su cabal significado, significado que, a su vez, no es otro que el prolijado de modo inalterable por la jurisprudencia de la Corte. Por ende, la restricción probatoria allí instituida cuando en la escritura pública se ha hecho constar el pago del precio no tiene vigencia en frente de las partes del contrato cuando éstas intenten sustraerle el mérito a dicha declaración, desde luego que no es a las mismas a las que el precepto oobija.

La apuntada conclusión también es evidenciable desde el punto de vista del artículo 1766, precepto que ha sido unánime y certeramente en-

tendido en el sentido de que, en contra de las partes del contrato, es factible hacer valer pruebas cuyo objeto sea la impugnación de lo que esas mismas partes han manifestado en la escritura pública.

Ahora bien, ¿qué clase de prueba es la que es posible esgrimir para buscar la neutralización de lo declarado en una escritura pública?

El recurrente sostiene que las declaraciones contenidas en una escritura pública tienen un "alcance que sólo puede ser desvirtuado por un medio de igual o superior categoría", aserción que pretende sustentar en el texto de los artículos 232, 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil, los cuales, por lo mismo, entiende la Sala que resultarían quebrantados por el ad quem cuando, por virtud de los indicios que halló establecidos, se abstuvo de darle significación probatoria a la declaración que sobre el pago del precio aparece formulada en la escritura pública número 63.

Desde un punto de vista general, tal proposición dista mucho de ceñirse a las normas de disciplina probatoria invocadas en su apoyo: El que el artículo 232 erija como un indicio grave a la falta del documento o del principio de prueba por escrito destinados a demostrar la obligación surgida del contrato o convención, o su pago, es algo que viene a significar todo lo contrario de lo insinuado por el recurrente ya que ese indicio, por su misma naturaleza, puede ser infirmado con cualquier otro medio probatorio. De su lado, el reglamento de la fuerza de convicción de los instrumentos públicos prescrito por los artículos 264 y 253 tampoco permite el prohijamiento de semejante criterio puesto que, como se desprende del primero de estos dos preceptos, se ha de distinguir entre el otorgamiento, la fecha y las declaraciones del funcionario que autoriza el instrumento, por una parte, y las declaraciones de los interesados por la otra, para ver cómo sólo es aquello lo que está investido con el mérito de plena prueba erga omnes, ya que en cuanto a las declaraciones de las partes, si bien entre estas tienen el valor de plena prueba, tal cosa en modo alguno puede ser interpretada en el sentido de la no admisibilidad de la prueba en contrario; o en el de que sólo la tolera cuando la prueba en contrario se vea revestida de cierto rango; pues por fuera de no ser ello lo que se lee o se desprende del artículo 258, es sabido cómo el artículo 187 ib. establece el principio de la "persuasión racional de la prueba", sin otras restricciones que las provenientes de "las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". Por manera que al juez le es permisible, en un caso como el presente, dejar de lado lo que en el instrumento público han consignado las partes para otorgarle el mérito a medios diferentes, cualquiera sea su naturaleza, si es que estos racionalmente lo persuaden por su mayor fuerza de convicción.

Y desde el particular punto de vista de la prueba de la simulación, el planteamiento del recurrente se ve contradicho por los artículos 267 del Código de Procedimiento Civil y 1776 del Código Civil, en vista de que, siendo estas normas las sustentantes de la disciplina de la simulación, la escritura privada que en ambas se menciona no podría tener el mismo grado o nivel, del que habla el recurrente, respecto de la escritura pública.

Por lo demás, conviene añadir que el recurrente parece olvidar que a partir de la promulgación del actual Código de Procedimiento Civil, la

jurisprudencia de la Corte, en desarrollo de las normas probatorias en tal obra concretadas, ha venido sosteniendo invariablemente que la prueba de la simulación es libre no sólo para los terceros que por causa de la misma se lleguen a ver perjudicados, sino también los propios sujetos de la relación contractual. En torno a este punto dijo la Corte en su sentencia del 26 de marzo de 1985:

“... Si en ocasión pasada la doctrina de la Corte, en materia de la prueba de la simulación distinguía si era alegada inter partes o por terceros, para restringirla respecto de los primeros y permitir su establecimiento por todos los medios de convicción con relación a los segundos, actualmente ya no se ofrece esa dificultad que quedó proscrita con la expedición en 1970 del nuevo estatuto procedimental al establecer, como principio general y rector, el de la libertad probatoria, dejando únicamente a salvo cuando la ley sustancial establezca solemnidades para la existencia o validez de ciertos actos...”

“... El saludable principio de la libertad probatoria en lo tocante con la simulación tiene su razón de ser y justificación en que generalmente los simulantes asumen una conducta sigilosa, en su celebración, puesto que toman previsiones para no dejar huella de su fingimiento y, por el contrario, en el recorrido de tal propósito, procuran revestirlo de ciertos hechos que exteriorizan una aparente realidad...”

Y un poco más adelante, al aludir a la dificultad que puede ofrecer la prueba de la simulación, se dijo en el mismo fallo:

“Ante esta situación, la prueba de la simulación se torna tortuosa, por la índole de la reserva en que se han colocado las partes, lo que explica que quien combate el acto fingido, en determinadas circunstancias, sólo puede acudir a los indicios”.

Concluyendo, no se equivocó el Tribunal cuando, a raíz de lo que mostraban otras pruebas, se abstuvo de acordarle significación probatoria a la declaración hecha por los supuestos compradores sobre el pago del precio dentro de la escritura pública número 63 del 15 de marzo de 1977.

b) De otro lado, el demandante en casación sostiene que el Tribunal apreció equivocadamente la inspección judicial practicada por el *a quo* a los Bancos Ganadero, Cafetero y de Colombia, de Montería, para constatar en las cuentas corrientes de los compradores los sendos cargos de los cheques girados por éstos con el fin de cubrir la cuota que les correspondía en el precio de la heredad. Dice el censor que para el sentenciador “esta prueba sólo es concluyente en cuanto al hecho de haberse cobrado pero no, en cuanto a que él (sic) hubiese entrado al patrimonio del vendedor”.

Mas a pesar de tan categóricas palabras, lo cierto es que el Tribunal ignoró de cuajo la referida diligencia de inspección, y si bien en la sentencia se encuentra el comentario que, glosado por el recurrente, se acaba de transcribir, el objeto de éste lo constituye la prueba que el Tribunal denomina “certificaciones bancarias en distintos días”, las que no son otras que los informes del Banco Industrial Colombiano, materia de lo que un poco después se anotará.

No habiendo, por consiguiente, acertado el censor a identificar el error cometido por el Tribunal en el advertimiento de la prueba citada, a la Sala le está vedada cualquier iniciativa que conduzca a la enmienda de tal defecto de la demanda, por causa del carácter esencialmente dispositivo del recurso de casación, circunstancia impositiva que, a su vez, repercute sobre la crítica hecha a la apreciación de la otra prueba demostrativa del pago del precio, como pasa a verse.

Según el recurrente, obra en el proceso un informe del Banco Industrial Colombiano donde se indica que en la cuenta corriente del vendedor se consignaron los cheques que allí se relacionan, los que, agrega un poco después, coinciden con los descritos en la diligencia de inspección judicial, para señalar, así mismo, que esta prueba “sólo merece del sentenciador el comentario de que solamente sirve para acreditar el cobro de cheques, pero no de que el dinero se haya incorporado al patrimonio del interesado, como si la cuenta bancaria no formara parte del patrimonio”.

Es innegable que eso fue lo dicho por el Tribunal al aludir a las por él denominadas “certificaciones bancarias”, por cierto circunscritas a un oficio dirigido por el Banco Industrial Colombiano de Montería al *a quo*, en el que consta que los cheques números 3622032 a cargo del Banco Cafetero, por \$ 533.333.40; 960157 a cargo del Banco de Colombia, por \$ 533.333.40; y 167576 a cargo del Banco Ganadero, por \$ 533.333.40, fueron consignados en la cuenta corriente número 2282 del señor Valentín Parra Herrera.

Así visto ese documento, no puede él expresar más de lo que refleja, o sea, que los cheques cuyos números, cantidades y bancos de origen que allí se relacionan se consignaron en la cuenta corriente del vendedor del predio “El Porvenir”. Pero, para establecer que esos cheques fueron los girados por los presuntos compradores, se haría indispensable tomar en cuenta la diligencia de inspección judicial por ser de ésta de donde tan sólo se podría extraer la identidad de los libradores, todo lo cual conduce a observar cómo la eventual prueba del pago del precio sería compleja, punto no tomado en consideración por el recurrente en la proposición del cargo. En este orden de ideas, no obstante que se concluyera que el Tribunal erró en la apreciación del informe rendido por el Banco Industrial Colombiano, no por esta causa saldría avante la censura por cuanto ese yerro, limitado al consabido documento, se mostraría como intrascendente, reflexión que, por supuesto, hace ver cómo por el aspecto de estas otras dos pruebas tampoco ha conseguido el recurrente dar al traste con lo considerado en la sentencia atacada relativamente al cumplimiento de la primordial obligación que competía a los demandados.

5. En cuanto a las pruebas restantes, la Corte advierte lo siguiente:

No es cierto que el *ad quem* no hubiera tenido en cuenta la promesa de contrato puesto que, tal como antes se hizo notar, la contempló a fin de observar cómo su falta de autenticación venía a constituir uno de los ingredientes de la conducta sigilosa de las partes en la ejecución del contrato. Pero, además, la promesa no es, *per se*, prueba de la realidad del contrato prometido, desde luego que nada impide que a un contrato simulado se le anteponga la promesa de celebrarlo, paso que con alguna fre-

cuencia suelen dar los simuladores en procura de mejor encubrir su real voluntad. Allí, en esas gestiones o diligencias previas al negocio, cumplidas en ocasiones con innecesario rigor, la doctrina ha hallado uno de los indicios de la simulación, conocido con el nombre de *preconstitutio*.

El afecto es, sin lugar a dudas, uno de los indicios más elocuentes de la simulación, y él se aprehende sin mayor esfuerzo cuando los sujetos de la relación simulada se encuentran ligados por nexos consanguíneos, como sucede en este caso, en el que el Tribunal lo juzgó palpable, de modo especial, en el vendedor hacia Angel María Parra, uno de sus tres hijos adquirentes, por causa de haber residido en su casa durante los últimos días de su vida, y de haber sido la persona a quien, catorce días antes de fallecer, le confiriera un poder general para administrar sus bienes.

La circunstancia de que la venta también se hubiera extendido, por iguales partes, a otros dos hijos, en nada oscurece este indicio, según lo ve el recurrente cuando alega que aquélla es impeditiva de su estructuración, pues lo cierto es que, a más de que los hechos en los que el *ad quem* se apoyó para darle cabida, se encuentran claramente demostrados dentro del proceso, sin que el recurrente hubiera atacado la correspondiente apreciación, el Tribunal expuso claramente que ese indicio encadenaba con el del parentesco, indicio que fue desacertadamente enjuiciado por el recurrente, según se expuso en su oportunidad.

Otro tanto es posible decir de la edad avanzada del vendedor: Se anota en la sentencia acusada que don Valentín Parra contaba con 91 años de edad cuando otorgó la escritura de venta de la hacienda "El Porvenir", la que es muy avanzada y debilita la voluntad; a lo que se le debe añadir, según el dicho de varios testigos, el que esa persona se sentía inspirado por disposiciones extraterrestres de San Gregorio.

El recurrente no atina en el ataque cuando señala que "de la edad avanzada no se infiere, como lo hace el Tribunal, la enfermedad y menos la falta de lucidez mental, que pueda viciar el consentimiento". Por una parte, como se acaba de ver; no es eso lo que ha expresado el Tribunal; y por la otra, la demanda deja incólumes los hechos y las pruebas que al fallador de segunda instancia le sirvieron para dar por establecido el indicio.

A virtud de lo discurrido se ha de concluir, por lo tanto, que el cargo primero tampoco está llamado a prosperar, y que, por ende, el recurso no prospera.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 25 de octubre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en este proceso ordinario instaurado por Carlina Parra de Támer, Zoila Parra de Agámez, Alicia Parra de Mendoza y Lilia Parra de Pardo en frente de Angel María y Enrique Parra Suárez y Cecilia Parra de Lora.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

REVISION SENTENCIA JUEZ DE MENORES

Intervención del Ministerio Público.

La ley no contempla su intervención en esta clase de procesos, ya que la defensa de los intereses del menor se le encomienda de modo exclusivo a un Curador cuya designación le compete al Juez de Menores.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., 3 de junio de 1986.

Se decide por la Corte el *recurso de casación* interpuesto por el curador *ad litem* de los demandados contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, dentro del proceso ordinario de Jorge Eliécer González Chacón en frente de los menores Miryam Constanza y Héctor Miguel Rozo, citados al proceso por intermedio de su madre la señora María Graciela Rozo.

ANTECEDENTES

1. Por medio de demanda repartida al Juzgado Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá, el actor solicitó que se dejara sin efectos jurídicos el fallo emitido por el Juzgado Promiscuo de Menores de la misma ciudad el día 23 de octubre de 1980, por medio del cual se declaró la paternidad natural de González Chacón respecto de Miryam Constanza y Héctor Miguel; que, consecuencialmente, se dijera que éstos no son sus hijos extramatrimoniales y se comunicara así a la Notaría Unica de Tinjacá, donde reposan los registros civiles de nacimiento; que, además, se noticiara de la demanda de revisión al señor Juez Promiscuo de Menores para los efectos de la designación del curador *ad litem* que debería llevar la representación de los menores demandados.

Atendida la última solicitud, el auto admisorio de la demanda se notificó tanto al curador nombrado como a la señora María Graciela Rozo.

2. Los hechos que le sirvieron de sustento a la anterior pretensión se compendian como sigue:

a) A raíz de demanda introducida por Miryam Constanza y Héctor Miguel Rozo, el Juzgado Promiscuo de Menores de Chiquinquirá declaró a Jorge Eliécer González Chacón padre natural de los mismos, cuando lo cierto es que en el fallo que para el efecto se profirió ni se señala cuál de las causales, entre las que permiten la declaratoria de la paternidad natural, se encontró probada, ni se indican los elementos de juicio que conducen a su demostración.

b) Las pruebas en las que el Juzgado de Menores apoyó su decisión se decretaron y se recibieron después de vencida no sólo la etapa probatoria principal sino también una adicional de 10 días, sin que pudieran valorarse por contravenir el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil. Pero aun cuando la prueba testimonial se hubiera practicado en tiempo, tampoco era suficiente para acoger la filiación demandada.

c) Como la madre de los menores dijo que el actor la visitaba en las horas de la noche, las supuestas relaciones sexuales serían secretas y de ellas nadie puede dar fe. Tampoco hay prueba que indirectamente las acredite pues la única testigo que vio llegar en dos ocasiones al presunto padre a la casa de la señora María Graciela Rozo, Carmen Rozo Castellanos, no prueba más que aquéllos se trataban, pero por la naturaleza del trato, su continuidad, intimidad y circunstancias que lo acompañaron no es posible decir que aquél hubiera sido de índole sexual.

d) Esas relaciones sexuales, al igual que su pluralidad y la época en la que pudieron ocurrir, no se pueden deducir de los testimonios tenidos en cuenta, o sea, de los de Carmen Rozo, Florentina Salamanca y Antonio Rodríguez.

e) Agrega el actor que tampoco existe la prueba de la posesión notoria del estado de hijo, porque de la prueba invocada por el Juzgado de Menores no afloran los requisitos exigidos para el caso.

Concluye, pues, con la afirmación de que no se da ninguna de las causales establecidas en la ley sustancial para la declaratoria de filiación natural, a lo que le añade la observación relativa a la insuficiencia de la prueba de sangre para la comprobación positiva de la paternidad.

3. El curador *ad litem* de los menores demandados, descorrió el traslado de la demanda oponiéndose a las pretensiones imploradas, por lo que únicamente admitió lo relativo a la tramitación del proceso, mas en cuanto a la crítica que el demandante en revisión le dirige a la sentencia del Juzgado de Menores consideró que no era oportuno hacer un pronunciamiento sobre el particular.

4. Diligenciada la primera instancia, el juzgado, en la sentencia respectiva, acogió las súplicas de la demanda, decisión que hubo de confirmar el *ad quem* en el fallo que es objeto del presente recurso extraordinario.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Empieza el Tribunal por referirse al proceso ordinario que tiene por objeto la revisión del fallo proferido por el Juez de Menores, para destacar cómo dentro de ese proceso el debate puede ser ampliado por virtud de la incorporación de nuevos medios probatorios, acorde con reiterada definición jurisprudencial de la Corte.

Dicho lo anterior, se adentra en una larga disquisición en torno a las oportunidades para pedir pruebas, suscitada por la circunstancia consistente en que la parte actora, en su escrito de demanda, “omitió pedir las pruebas que deseaba hacer valer dentro del proceso”, lo que, según señala más adelante, “significa que el proceso se ha quedado sin prueba por parte de la actora, lo cual —agrega— hace que no cambie en nada la prueba aportada y recepcionada dentro del proceso de filiación natural seguido en el Juzgado Promiscuo de Menores de Chiquinquirá...”.

2. Después de mencionar las características que han de concurrir en las relaciones sexuales como causal de presunción de la filiación extramatrimonial, el *ad quem* analiza las testificaciones de las que el Juzgado de Menores dedujo la existencia de dichas relaciones entre el actual mandante y la madre de los menores.

También habla de la constancia dejada por el Juzgado de Menores acerca del gran parecido físico existente entre González Chacón y Miryam Constanza y Héctor Miguel, así como del examen genético-biológico donde se dice que la paternidad es compatible.

3. A continuación, pasa a exponer lo que es el verdadero soporte de su fallo: tras anunciar que era indispensable, primero que todo, “traer al proceso la prueba demostrativa de que María Graciela Roza es la madre de los menores...”, inserta doctrina jurisprudencial de esta Corporación sobre el punto. Con fundamento en otro fallo de la Corte, examina la cuestión a la luz del presupuesto procesal “capacidad para ser parte”, hipótesis que desecha para, en cambio, colegir que “se trata de un aspecto de fondo”, o sea que “la parte actora no demostró ante el juez de menores que son hijos de la señora María Graciela Roza, por lo cual nos encontramos frente a la legitimación en la causa, lo que trae como consecuencia un fallo de fondo”, el que profiere en el sentido de confirmar la resolución apelada pues antes había concluido que “es suficiente el hecho de no haber demostrado que la señora María Graciela Roza, es la madre de los menores Myriam y Héctor Miguel, ya que... este hecho no consta en el acta de registro civil aportado (sic) al proceso, y hay (sic) que acredite tal hecho...”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos plantea el recurrente en contra de la sentencia del Tribunal, el primero con soporte en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el segundo dentro de la órbita de la causal 1ª del mismo artículo. Se estudiarán en el orden indicado.

Cargo primero.

1. Con fundamento en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el demandante en casación acusa la sentencia del Tribunal como violatoria de la ley al haberse incurrido en el proceso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 9º del artículo 152 *ib.*, pues, observa a renglón seguido, se omitió notificar al Agente del Ministerio Público la sentencia de primera instancia y todas las providencias dictadas en la segunda instancia.

2. En desarrollo del cargo el casacionista sostiene que el artículo 12 de la Ley 45 de 1936 ordena la intervención del Ministerio Público en los casos de ley, siendo esta la razón por la que, al admitirse la demanda, se dispusiera la citación del agente respectivo y en adelante se le hicieran las notificaciones personales de todas las providencias, con excepción de las ya mencionadas. Que la citación era procedente, agrega el censor, es algo que fue admitido por la propia Corte pues por auto del 12 de febrero de 1985 ordenó dar traslado al agente del Ministerio Público.

Indica luego que si conforme con el artículo 314-3 del Código de Procedimiento Civil al Agente del Ministerio Público, en su calidad de funcionario, se le deben notificar personalmente todas las providencias que se emitan dentro de los procesos en los que él debe intervenir, fuerza es concluir que acá se produjo la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, la Corte debe casar el fallo recurrido.

SE CONSIDERA

1. Toda la argumentación del recurrente, orientada a demostrar la existencia de la nulidad, se ha levantado con apoyo en el artículo 12 de la Ley 45 de 1936, precepto de conformidad con el cual el proceso de filiación natural puede ser promovido por una cualquiera de las siguientes personas: 1) Por el hijo mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz. 2) Por la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor. 3) Por el Ministerio Público.

Pues bien: precisando la clase de intervención que del Ministerio Público se contempla en este precepto, la Corte, en sentencia del 6 de agosto de 1958, expuso lo siguiente:

“La ley faculta a las personas dichas, para intervenir como demandante en el juicio de filiación, con el objeto de que nunca pueda quedar sin representación el presunto hijo. La intervención del Ministerio Público no es obligatoria, como no es obligatoria la concurrencia simultánea de todas las personas a que la ley se refiere. El representante de la sociedad conserva siempre la facultad de intervenir, y lo hará cuando el presunto hijo no tiene quien lo represente”. (G. J., No. 2.199, Pág. 598).

Siendo de carácter facultativo la intervención del Ministerio Público en los procesos a los que se contrae el artículo 12 de la Ley 45 —el que, valga decirlo, se halla complementado por el artículo 13 de la Ley 75 de

1968—, el razonamiento del recurrente, examinado desde tal ángulo, se cae por su base.

2. Sin embargo, y ahondando más en la cuestión, cabe anotar que la misma se ubica dentro de un marco diferente al propuesto por el recurrente y cuyo punto focal reside en el carácter exceptivo que la intervención del Ministerio Público tiene dentro de los procesos civiles, tema del que esta Corporación se ocupó en su fallo del 28 de marzo de 1979 en los siguientes términos:

“Las normas que ordenan la intervención del Ministerio Público en determinados procesos, son disposiciones legales de excepción. La índole excepcional de esta intervención se pone de relieve al leer el artículo 43 y el ordinal 2 del 651 del Código de Procedimiento Civil, textos que, en su orden, rezan así: ‘43. Funciones de defensor de incapaces. El Ministerio Público tiene funciones de defensor de incapaces en los casos que determina la ley’ (se subraya). 651.2. En los asuntos de que tratan los numerales 1 a 9 del artículo 649, o en cualquier otro en lo que ordenan leyes especiales (se subraya), el auto admisorio se notificará al agente del Ministerio Público en la forma prevista en el artículo 87, a fin de que intervenga como parte, para lo cual debe acompañarse a la demanda copia de ella en papel común...”.

“La aplicación analógica supone falta de ley exactamente aplicable. Por consiguiente, los textos de carácter excepcional, ius singulare, sólo pueden aplicarse al caso o casos que prevén, pues suponiendo la excepción una regla general de la cual se aparta, los casos no comprendidos expresamente en la excepción se rigen por la regla general.

“La que impera en materia de procesos entre particulares es la de que el Ministerio Público no tiene intervención en ellos. Las excepciones, los casos, expresamente señalados por las leyes, en que esa intervención debe tener lugar...”.

La doctrina anterior cobra vigencia en el caso sub iudice toda vez que con relación al mismo tampoco hay una norma expresa que le dé cabida a la intervención del Ministerio Público. Por ser el presente un proceso destinado a examinar la decisión del juez de menores cuyo objeto atañe a la declaratoria de una filiación extramatrimonial, la defensa de los intereses del menor se le encomienda de modo exclusivo a un curador cuya designación le compete al funcionario acabado de mencionar, conforme con lo prescrito por el artículo 95 de la Ley 83 de 1946, que reza:

“En el juicio correspondiente que se promueva ante los jueces civiles, los intereses del menor serán defendidos por un curador, que será nombrado por el respectivo juez de menores, funcionario a quien se notificará la demanda para efectos del nombramiento...”.

3. Consiguientemente, no se da la nulidad del ordinal 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, sin que por razón de la circunstancia consistente en que de modo equivocado se le hubiera notificado al señor Agente del Ministerio Público una o varias de las providencias dictadas dentro de este proceso, sea posible llegar de alguna manera a la conclusión contraria, como lo cree el recurrente. Por ende, el cargo no sale avante.

Segundo cargo.

1. Formulado con apoyo en la causal primera de casación (Num. 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil), se hace residir en la infracción indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 1º, 5º y 6º de la Ley 45 de 1936; del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en su ordinal 4º; y del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970; infracción indirecta en la que incurrió el sentenciador por error manifiesto de hecho al no apreciar los siguientes medios probatorios, relacionados en el desarrollo del cargo: a) el acta de nacimiento de Miryam Constanza Rozo; b) el poder conferido por el demandante, representativo de la confesión del hecho de la maternidad atribuida a la señora Graciela Rozo respecto de los menores aquí demandados; c) los testimonios de Carmen Rozo Castellanos, Florentina Salamanca y Aliria Isabel Mendieta, personas todas que afirman que los menores demandados son hijos de Graciela; y, d) la declaración del apoderado del actor concerniente al mismo hecho.

2. Según la censura, los anteriores medios demuestran la maternidad que el Tribunal echó de menos, y, de haberlos él apreciado, el resultado del proceso sería diferente, habida cuenta de las relaciones sexuales que existieron entre Jorge Eliécer González y Graciela Rozo.

SE CONSIDERA

1. La infracción de la ley que se le enrostra al Tribunal dimanaría, de la falta de valoración de ciertos medios probatorios, lo que constituye una de las formas del error de hecho contemplado en el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, error de hecho que debe tener, como una de sus notas distintivas, la de que sea trascendente, es decir, que la resolución atacada por la vía de la casación aparezca como la emanación del desacierto en el que hubiera caído el fallador al malinterpretar la demanda, o al dejar de apreciar o al considerar equivocadamente determinada prueba. Por ende, y pese a la confusión ostensible del juzgador en su labor estimativa de las pruebas, si su equivocación no repercute en la respectiva decisión, el error está desprovisto de la fuerza suficiente para invalidar la sentencia, pues ésta, de todos modos, habrá sido expedida con sumisión a los postulados legales. No otra cosa es lo que da a comprender el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, cuando en el inciso 2º de su ordinal 3º, alude a “la influencia (del error) en la violación de la norma sustancial”.

2. En el presente caso, y como ya se dijo, el indicado error de hecho radicaría en que el *ad quem* ignoró el registro civil de nacimiento de la menor Miryam Constanza, al igual que otros documentos (memorial-poder y escrito dirigidos al *a quo*) y unos testimonios, pruebas todas con las que, en el sentir del recurrente, se establece el acontecimiento de la maternidad por aquél echada de menos.

Desde ya se puede decir que ese error es palmar en lo que atañe a la copia del registro civil de nacimiento citada por el recurrente, toda vez que en él consta que Miryam Constanza es hija de la señora María Gra-

ciela Rozo. En cambio, no lo es en cuanto a las pruebas restantes: ni en el escrito por medio del cual el demandante en revisión confirió poder al abogado, ni en el memorial que éste le elevó al *a quo* se advierte, con el carácter de ostensible, la confesión del conocimiento de la maternidad que el recurrente considera como allí existente. En efecto, el primero apenas contiene una alusión a las partes del proceso cursado ante el Juzgado Promiscuo de Menores de Chiquinquirá. Y en relación con el segundo, se observa que el poderdante carecía de la autorización para confesar, sin que, además, allí tampoco se manifieste expresamente el conocimiento del hecho de la maternidad por parte de aquel a quien ese conocimiento podría perjudicar.

Tampoco es advertible el evidente error de hecho en lo tocante con las atestiguaciones de Carmen Rozo Castellanos, Florentina Salamanca de Rodríguez y Aliria Isabel Mendieta de Sánchez. No lo es porque en las intervenciones de las dos primeras trabajosamente se encuentran alusiones vagas al alumbramiento de los menores demandados por parte de María Graciela. Y en cuanto a la de la tercera, se observa que rindió dos declaraciones, una ante el juez de menores y otra en la primera instancia de este proceso, siendo apenas esta última la comprendida por el ataque, lo que significa que la crítica ha debido venir dirigida por la vía del error de derecho pues el Tribunal la desestimó junto con otros testimonios a causa de su petición por fuera de la oportunidad fijada en la ley.

3. Percibido el error de hecho del Tribunal por la preterición de la copia del registro civil de Miryam Constanza Rozo, y notado que él es evidente, no es posible, por el contrario, afirmar que sea trascendente, de acuerdo con lo que a continuación se dice.

La causal de investigación de la paternidad natural prevista en el ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, modificatorio del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se erige sobre la comprobación de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre durante la época en que pudo tener lugar la concepción según el artículo 92 del Código Civil.

Ciertamente, los testigos Florentina Salamanca de Rodríguez y Antonio Rodríguez, en cuyos dichos el juzgado de menores apoyó primordialmente su declaratoria de paternidad, no manifiestan un conocimiento directo de aquéllas, sin que tampoco comenten el trato personal y social que permita deducirlas. Menos aún, los otros testigos aportan elementos de convicción suficientes: Los señores José de Jesús Chacón, María Susana Mendieta, Aliria Isabel Mendieta, Pedro Chacón, Carmen Lilia Amaya, Danilo Mendieta y José Antonio Vanegas, niegan todo conocimiento de la clase de relaciones que hubiera podido existir entre el presunto padre y la madre. Tan sólo la señora Carmen Rozo informa sobre dos ocasiones en que estando ella en casa de María Graciela vio cómo Jorge Eliécer la visitaba y charlaban juntos, lo que, como es de suponer, no da pie para que se tenga por demostrado el trato sexual ni siquiera dentro de los amplios límites de la inferencia autorizada en el inciso 2º del ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

En este caso, al carecerse de la prueba de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre de la menor dentro de la oportunidad definida

por la ley, se sigue que la sentencia del *ad quem*, confirmatoria de la del juzgado de circuito, que, a su vez, revisó lo decidido por el juzgado de menores, no aparece como violatoria de la ley, viéndose aquí el motivo en el que la Sala se apoya para sacar en conclusión que el advertido error de hecho no se comunica a la parte resolutive del fallo atacado en casación.

Por lo tanto, el cargo no está llamado a prosperar.

DECISIÓN

En armonía con lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 14 de noviembre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso ordinario de Jorge Eliécer González Chacón en frente de los menores Miryam Constanza y Héctor Miguel Rozo, citados al proceso por intermedio de su madre la señora María Graciela Rozo.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PRUEBAS

Ante jueces colegiados.

Análisis de los conceptos de la “obligatoriedad de las formas procesales”, “debido proceso”, “nulidad”, “simple irregularidad”, “audiencia”, “diligencia judicial”. Las pruebas se practican por el magistrado ponente únicamente a menos que las partes soliciten que asista la Sala o ésta crea conveniente asistir.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

Bogotá, D. E., 10 de junio de 1986.

El señor Agente del Ministerio Público *suplica* la providencia de 16 de abril próximo pasado, que denegó la declaratoria de nulidad propuesta en el trámite de la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el proceso de separación de cuerpos de Jorge Eliécer Acevedo Sánchez contra María Eunice Villa Martínez, recurso que se resuelve una vez rituado su procedimiento, con fundamento en las consideraciones siguientes:

1ª *El principio de la “obligatoriedad de las formas procesales” que sujeta la actividad de los órganos jurisdiccionales y de las partes a determinadas circunstancias de lugar, tiempo y modo, no puede confundirse ni pretenderse conforme uno solo con el “debido proceso” que impone la observancia del procedimiento señalado por la ley para ventilar y decidir una determinada controversia. Y si el desconocimiento de éste deriva en la invalidez de los actos procesales, finalidad que puede perseguirse por la vía de la excepción previa (Art. 97), o del incidente de nulidad (Art. 151-6), no siempre el olvido de aquéllas alcanza tan delicado extremo, al menos que la ley lo establezca como tal, siguiendo el sistema de la especificidad o taxatividad consagrado en nuestro estatuto procesal, por afectar la estructura misma del proceso, la organización en el conocimiento, o el derecho de defensa.*

De acá, que el incurrir en vicios de menor trascendencia conduzca a simples irregularidades posibles de remediar mediante el ejercicio oportuno de los recursos, innecesaria se presenta diferencia entre la nulidad y la simple irregularidad, o entre las causales que imponen siempre su declaración y las que permiten su saneamiento, o cuando este requiere ser expreso o se presenta como tácito.

2ª El epígrafe del artículo 30 del Código Procesal se refiere a “Audiencias y diligencias” sin que por ello quepa distinción en relación al medio probatorio sino a la forma que debe emplearse para su producción o incorporación al proceso, puesto que todas son “diligencias judiciales”, por intervenir en ellas el órgano encargado de realizarlas.

“Audiencia” se entenderá como “ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o en expediente”, y, “diligencia” como “cuidado y actividad en ejecutar una cosa” en el sentido de “despachar o tramitar un asunto mediante las oportunas diligencias”, de donde deviene que el término “diligencia” sea genérico y el de “audiencia” específico.

3ª Universalmente admitidos se encuentran como principios fundamentales del proceso el de la oralidad y el de la escritura, sin ser excluyentes, pero con primacía del uno o del otro. Como principios rectores requieren su observancia para la validez y eficacia del acto pues quedan comprendidos dentro de las formas del proceso, como sucede con la oralidad generalmente para el interrogatorio de parte, la recepción de testimonios, la práctica de careos, etc., dando de paso mayor operancia a la inmediación por la naturaleza del medio para cuya práctica la ley enuncia que lo sea en audiencia o diligencia, sin que la utilización del vocablo determine una especial manera de realización, sino la forma a emplear en ella.

4ª Confirma esta apreciación la redacción de disposiciones como las contenidas en los artículos 207 que impone la oralidad “si la parte que solicita el interrogatorio concurre a la audiencia; en caso contrario el peticionario deberá formularlo con el memorial en que pida la prueba en pliego abierto o cerrado, que se abrirá en el acto de la diligencia”, excluyéndose las preguntas “que hayan sido contestadas en la misma diligencia”; 208, que ordena fijar “fecha y hora para continuar la diligencia” agotadas las preguntas que no dependan de la suspendida; 209, que al regular la “posición de la audiencia” dispone fijar nueva fecha y hora para que tenga lugar, si se probare que el citado “no pudo concurrir a la diligencia”; 229, que ordena la ratificación de los testimonios rendidos fuera del proceso “sin audiencia de la contraparte”; 110, que impone la concentración cuando el número de pruebas y su naturaleza lo justifique, caso en el cual “el juez señalará fechas continuas para las audiencias”.

5ª Equívoco sería considerar el que la recepción de un interrogatorio de parte, de un testimonio, de un careo, etc., no constituye diligencia de carácter judicial, diligencia que se surte en “audiencia” por la naturaleza misma del medio probatorio, como diligencia judicial es la notificación del admisorio de la demanda, de su traslado, o la práctica de inspección judicial; por cuya razón no se comparte la afirmación del señor representante del Ministerio Público de “que audiencias y diligencias son dos conceptos

que el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil diferencia con meridianos elementos de juicio que hacen imposible su confusión". Y si cierto es que los artículos 220 y 226 disponen el señalamiento de "fecha y hora para la audiencia en que deban recibirse las declaraciones", y el que "las preguntas se formularán oralmente en la audiencia", no es menos que las normas consagran el principio de la "oralidad" constitutivo de "forma procesal" mas no determinativo de una competencia funcional en los jueces colegiados que imponga para su recepción la integración de Sala so pena de violación del artículo 6º. Por el contrario el trámite se orienta al logro de los derechos sustanciales sin sumergirlo en los peligros y extremos que el formalismo representa, rechazado por la normatividad del artículo 4º, pues que no se observa cómo por la supuesta irregularidad que se endilga al acto procesal, se afecte la estructura del proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes, razón suficiente para que no se reconozca, como se afirma por la Agencia Fiscal, entidad a ninguna irregularidad procesal, ni mucho menos la Corporación justifique actos de desconocimiento de disposiciones de orden público.

6º Dentro del "modo de ejercer sus atribuciones la Corte y los Tribunales" la regla general, conforme al inciso 2º del artículo 30, es la de que "las diligencias judiciales se practicarán por el ponente", haciéndose operante la "inmediación" frente a quien "corresponde redactar los proyectos de sentencia y de cualquiera otra decisión que deba proferir la sala" (Arts. 29 C. de P. C.; 11, Dto. 1265/60), pues que de lo contrario no tendría explicación la misma salvedad introducida por el inciso 2º, constitutiva de excepción; al ordenar la asistencia de la Sala cuando ésta lo estime conveniente o cuando cualquiera de las partes lo solicite, o para ejercer su competencia colegiada en aquellas diligencias constitutivas de audiencia, cuando por su naturaleza, deba hacerse operante la concentración y la inmediación frente a los jueces plurales.

7º Contempla el Código de Procedimiento Civil dos clases de audiencias: Unas tendientes a la toma de decisiones para las cuales es evidente la integración de la Sala, precisamente en procura de la operancia del principio de inmediación y el ejercicio funcional de la jurisdicción; y, otras que servirán de marco jurídico para la práctica de diligencias judiciales, diligencias que por imprimírseles el trámite de la oralidad, deberán celebrarse en audiencia, pero, se insiste no son determinativas de competencia funcional, ni conforman "formalidades propias del procedimiento elevadas a la categoría de normas públicas y de obligatorio cumplimiento". La formalidad acá estaría constituida por su trámite oral y la observancia de las propias a la recepción de la prueba.

No alcanza prosperidad el recurso, debiendo por tanto mantenerse la providencia, como en efecto se mantiene.

VUELVA el expediente al señor Magistrado ponente.

Notifíquese y cúmplase.

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

Proceso ordinario.

Es de recibo plantear cuestiones atinentes a la propiedad y posesión de los predios materia de deslinde. Condiciones de la demarcación.

CASACION

Violación ley sustancial.

Vía directa, vía indirecta. Error de hecho, error de derecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 16 de junio de 1986.

Procede la Corte decidir el *recurso de casación* interpuesto contra la Sentencia de 23 de julio de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario de Luis Francisco Vargas Osorno contra María Teresa Arciniegas Caicedo.

EL LITIGIO

I. En demanda presentada el 16 de mayo de 1980 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López, solicitó María Teresa Arciniegas que con sujeción al trámite consignado en los artículos 460 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y con citación de Héctor José Rodríguez Torres, se fijase la línea divisoria de los predios contiguos "Hato Viejo de los Mangos" y "Santa Isabel", por el costado norte y sur, respectivamente, el primero perteneciente a la mencionada María Teresa y, el segundo, al referido Héctor José, dejando a cada colindante en posesión, con arreglo a la línea fijada. Por demás pidió el registro, la condena en costas y el pago de perjuicios causados.

II. María Teresa Arciniegas apoyó sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) Que el Juzgado Civil Municipal de Puerto López, en ese entonces de plena jurisdicción, en sentencia de 5 de mayo de 1966, confirmada por la Corte en fallo de 18 de febrero de 1974, teniendo en cuenta la prueba pericial practicada, precisaron que “los linderos reales de los predios Santa Isabel y Hato Viejo de los Mangos, en relación con los puntos cardinales, son los siguientes:

“*Santa Isabel*. Norte: Carretera Villao - Puerto López, en una extensión de 300 metros, escuela Pontón de Rionegro en una extensión de 50 metros y con Benedicto Olaya y Ramón Montero en una extensión de 600 metros. Oriente: Carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca, en una extensión de 1.750 metros. Sur: Finca Hato Viejo de Jorge Luz Rojas (hoy es propiedad de la demandante María Teresa Arciniegas Caicedo) y otro, en distancia de 1.720 mts. Occidente: Pablo Valencia, de por medio caño Yacuana o Buenaventura, en una extensión de 3.220 metros.

“*Hato Viejo*. Norte: Finca Santa Isabel, de propiedad de Héctor José Rodríguez, cerca de alambre de púas, partiendo de la carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca, hasta encontrar el caño Yacuana o Buenaventura, en una extensión de 1.720 metros. Oriente: Carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca, con una cerca de alambre en una extensión de 900 metros. Sur: Finca Gran Chaparral (antigua Santa Rosa) de propiedad de María del Carmen Ocampo de Bravo, en distancia de 3.550. Occidente: Caño Yacuana o Buenaventura en distancia de 2.220 metros”.

b) Que a pesar de lo anterior y de lo que se hizo constar ante el Juez 16 de Instrucción Criminal en diligencia realizada el 2 y 3 de septiembre de 1978, en el sentido “de que el lindero común es una línea recta que va desde la carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca hasta encontrar el caño Yacuana o Buenaventura en 1.720 metros, tal como lo dijo la Corte, el demandado se ha negado sistemáticamente a trazar la cerca divisoria y lindero común por dicha línea recta en distancia de 1.720 metros”.

c) Que estando señalados los linderos de los predios y habiéndose “verificado la aclaración correspondiente por medio de la escritura número 836 de 4 de marzo de 1980, de la Notaría 1ª de Bogotá”, el demandado Héctor José Rodríguez no acepta tal línea, por lo que procede el deslinde.

III. Enterado Héctor José de las pretensiones de María Teresa, en su escrito de respuesta se dio a la tarea de referirse a los hechos de la demanda, expresando en, síntesis:

a) Que los linderos de los predios “Hato Viejo” y “Santa Isabel”, los determinaron los vendedores y compradores en las escrituras números 6269 de 24 de noviembre de 1961 de la Notaría 4ª del Círculo de Bogotá y 6665 de 1º de diciembre de 1962, de la misma Notaría, por cuanto la Corte, al decidir un recurso extraordinario de revisión propuesto contra la sentencia proferida en un proceso ordinario reivindicatorio, no hizo otra cosa que declarar que los mencionados predios eran diferentes y no a extensiones de linderos y colindancias, “lo cual no es cierto”.

b) Que el Instituto Agustín Codazzi ha sido asaltado en su buena fe por Jorge Luz Rojas y María Teresa Arciniegas, quienes lo han inducido

a error para lograr “planos diferentes a la finca ‘Hato Viejo’ con el ánimo de apoderarse de parte de la finca ‘Santa Isabel’ ”.

c) “Efectivamente se ha establecido por los títulos ya citados en el numeral 1º de esta contestación, en el fallo de la Corte y del Juzgado y en la diligencia de remate y las inspecciones judiciales y dictámenes periciales que ‘Hato Viejo’ linda por su costado Norte con ‘Santa Isabel’, y, éste, por el Sur con aquella. Sin embargo, para consumir la estafa y la falsedad que actualmente investigan las autoridades penales, delitos a los cuales no es ajena la actora María Teresa Arciniegas, no se tuvo inconveniente en faltar a la verdad en escrituras, entre otras en la que sirve de título sobre supuesto derecho de propiedad de la demandante en la finca ‘Hato Viejo’ la mayor parte de la finca ‘Santa Isabel’, a sabiendas. Sobre extensión del lindero de la colindancia no se ha hecho medida alguna. Es más, la actora destruyó parte de la cerca alegando propiedad sobre Santa Isabel con base en su famoso título de ‘propiedad’ escritura 7738 de 26 de diciembre de 1974 de la Notaría 9ª de Bogotá”.

d) Que es cierto que existió y existe claridad en los linderos de las dos fincas, a pesar de lo cual se promovió un proceso ordinario reivindicatorio que la Corte calificó de fraudulento.

e) Que Héctor José levantó la cerca en la parte y por el sitio que había sido destruida, dentro del término que le fijó el Juzgado 16 de Instrucción Criminal y, por demás, es muy curioso el sistema de hacer unilateralmente, por escritura pública, como lo hizo la actora, el deslinde.

f) Que aclara que el predio “Santa Isabel” se lo vendió al doctor Luis Francisco Vargas O., según da fe la escritura pública número 9265, de la Notaría 4ª del Círculo de Bogotá, de 28 de diciembre de 1979, y añade que lamenta que la actora en este proceso no hubiera protocolizado otras actuaciones y documentos que obran en diligencias surtidas ante los Juzgados 13 y 26 de Instrucción Criminal.

IV. En escrito separado el opositor Héctor José formuló, como excepciones previas, la de no comprender la demanda al actual propietario del predio Santa Isabel, doctor Luis Francisco Vargas Osorno y, la de transacción, por cuanto la demandante María Teresa, ante el Juez 16 de Instrucción Criminal le hizo entrega de la porción de terreno que aquella dolosamente retenía y que formaba parte del mencionado predio.

V. El incidente de excepciones, decidido parcialmente en forma favorable por el *a quo*, por cuanto aceptó la primera de las excepciones y además declaró demostrado la de cosa juzgada, esta última no invocada, a la postre, por apelación interpuesta por María Teresa, el Tribunal decidió declarar no probados los medios exceptivos propuestos.

VI. Posteriormente el Juzgado de conocimiento, con fundamento en el artículo 462, dispuso citar al doctor Luis Francisco Vargas Osorno para que concurriera al proceso, quien ciertamente concurrió y, luego de algunas incidencias, el Juzgado señaló fecha y hora para la práctica de la diligencia de deslinde.

VII. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López, en diligencia que culminó el 28 de julio de 1983, resolvió fijar como línea divi-

soria de los predios "Hato Viejo" y "Santa Isabel", la siguiente: "Partiendo de la carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o 'Bocas del Guayuriba', en una distancia de 1.762.50 metros, se tomó un punto y desde el cual con rumbo N 88° W y una distancia de 800 metros hasta llegar a una estaca; es decir, donde está la cerca actual de los 800 metros. Del mojón o estaca se parte en un rumbo de N 61° W y distancia de 900 metros hasta llegar en línea recta al caño 'Yacuana' o 'Buenaventura'; para mejor aclaración el juzgado marca en línea roja en los planos vistos a folios 230 y 236, la línea respectiva, determinando que al terminar la cerca actual de 800 metros y para tomar el rumbo N 61° W la nueva recta toma un ángulo de 153 grados aproximadamente. La línea trazada por el despacho y demarcada en los planos respectivos da una longitud total de 1.700 metros. La anterior delimitación desde la carretera hasta el mojón de los 800 metros tiene cerca antigua y respecto de la cual las partes manifiestan no tener objeción alguna en cuanto a la misma. Para trazar la línea que va desde donde termina la cerca antigua hasta el caño 'Yacuana' los señores peritos, colocaron seis (6) mojones en cemento, quedando así delimitados los dos predios. Se hace constar que el terreno donde se pusieron los hitos o mojones es de aproximadamente 200 metros lineales de chucua y 700 metros planos hasta llegar al caño 'Buenaventura' o 'Yacuana', existiendo a lado y lado de la zona pastos naturales y artificiales".

VIII. Inconforme el demandado Luis Francisco Vargas Osorno con la determinación precedente, por demanda de 8 de agosto de 1983 solicitó, en la debida oportunidad, que con sujeción al trámite del proceso ordinario se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

Primera. Declarar aceptada la oposición parcial formulada por la parte demandada al señalamiento de la línea divisoria realizada por su juzgado en diligencia de deslinde dentro del proceso de deslinde y amojonamiento adelantado por María Teresa Arciniegas Caicedo contra Luis Francisco Osorno y que delimita los predios 'Santa Isabel' en su costado sur-occidental y 'Hato Viejo de los Mangos' en su costado noroccidental, y a partir del punto en donde termina la cerca de alambre de púas que parte de la carretera de penetración que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas de Guayuriba, en dirección oriente-occidente y en una extensión de ochocientos (800) metros y cuyo trayecto, edad y rumbo no se discuten por haber sido aceptados plenamente por las partes.

Segunda. Como consecuencia de la aceptación a la oposición parcial al deslinde se sirva declarar y señalar que la línea divisoria entre los predios 'Santa Isabel' de propiedad de Luis Francisco Vargas Osorno, por su costado sur, y 'Hato Viejo de los Mangos' de propiedad de María Teresa Arciniegas Caicedo, por su costado norte, la constituye una línea recta que sigue la dirección y rumbo de cerca de alambre de púas de ochocientos metros no discutida y que parte en línea recta de la carretera de penetración que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas del Guayuriba en sentido oriente-occidente y en línea recta en dirección al caño Yacuana o Buenaventura.

Tercera. Subsidiariamente a la declaración contenida en la petición segunda que antecede, se declare improcedente el deslinde y amojonamiento por cuanto en la actualidad existe línea o cerca divisoria perfectamente

determinada en toda su extensión entre los predios 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo de los Mangos', por el costado sur de aquel y norte de éste, y porque, además, la acción de deslinde no puede proponerse como medio para recuperar u obtener posesión, o la declaratoria de dominio y la consiguiente entrega de lo que no se posee.

“*Cuarta.* Ordenar la cancelación de la inscripción de la demanda de deslinde y amojonamiento dispuesta por su Despacho de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 692 del Código de Procedimiento Civil y comunicar tal determinación al señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Puerto López.

“*Quinta.* Ordenar la protocolización y consiguiente registro de la Sentencia que se profiere en este proceso.

“*Sexta.* Condenar a María Teresa Arciniegas Caicedo al pago de todos los perjuicios ocasionados a Luis Francisco Vargas Osorno en razón de la acción de deslinde y amojonamiento instaurada por ella y cuya demanda fue inscrita en la Oficina de Registro de Puerto López.

“*Séptima.* Condenar a María Teresa Arciniegas Caicedo al pago de las costas que ocasione el proceso”.

IX. Las súplicas precedentes las apoyó el opositor demandante, en los hechos que a continuación se compendian:

a) Por escritura pública número 9.265 de 28 de diciembre de 1979 de la Notaría Cuarta de Bogotá, adquirió por compra del doctor Héctor José Rodríguez Torres el predio denominado Santa Isabel, situado en la vereda de Río Negro del Municipio de Puerto López, comprendido dentro de los linderos siguientes: “Norte, con el camino de penetración de la hacienda Playa Rica que fue de propiedad de Isidro Cruz, y en parte con la carretera principal que de Villavicencio conduce a Puerto López; por el Oriente, con la carretera de penetración que de La Balsa o La Loma conduce a Mata de Yuca o Bocas del Guayuriba, por toda una cerca de alambre y en una extensión de cerca de dos kilómetros; por el Sur, partiendo de la citada carretera de penetración y en dirección oriente-occidente, por una cerca de alambre a dar a una mata de aceite frondoso situada a la orilla de un caño que en este punto separa a 'Santa Isabel' de la finca 'Hato Viejo de los Mangos', de aquí en línea recta y por cerca de alambre propia de Santa Isabel a dar a un tronco situado a unos quinientos metros, de aquí por la misma cerca de alambre propia, de Santa Isabel a dar a un tronco situado a unos quinientos metros, de aquí por la misma cerca de alambre propia, en línea recta y siguiendo el mismo rumbo a dar el caño Buenaventura o caño Yacuana, en un trayecto de unos mil metros, lindando por este costado sur con la finca Hato Viejo de los Mangos de propiedad de María Teresa Arciniegas Caicedo; por el Occidente, con el caño Buenaventura o Yacuana y con la hacienda Playa Rica que fue de propiedad de Isidro Cruz”.

b) Por escritura pública número 7.738 de 26 de diciembre de 1974 de la Notaría Novena de Bogotá, la demandada María Teresa Arciniegas adquirió de Alberto Gasca Silva el fundo denominado el “Hato Viejo de los Mangos”, situado en el paraje Yacuana del Municipio de Puerto López, distinguido por los linderos siguientes: “Norte, finca Santa Isabel de pro-

piedad de Luis Francisco Vargas, cerca de alambre de púas partiendo de la carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca hasta encontrar el caño Yacuana o Buenaventura; Oriente, carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca por cerca de alambre; Sur, con la finca El Gran Chaparral de propiedad de María del Carmen Ocampo de Bravo; Occidente, con el caño Yacuana o Buenaventura”.

c) Las fincas descritas, enantes hicieron parte del predio denominado “Yacuana”, que fuera de propiedad de Severiano González Poveda, Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González, quienes a su vez lo habían adquirido de Alfonso Gómez Parra, según escritura pública número 6.536 de 24 de diciembre de 1960 de la Notaría Cuarta de Bogotá.

d) “La finca ‘Santa Isabel’ tiene una titulación anterior a la de ‘Hato Viejo de los Mangos’. En efecto: Severiano González Poveda, Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González vendieron a Isabel Castiblanco de Corredor un lote de terreno que desde ese momento comenzó a denominarse ‘Santa Isabel’ según contrato que se recoge en la Escritura Pública número 6269 de 24 de noviembre de 1961 de la Notaría Cuarta de Bogotá, registrada el 4 de diciembre del mismo año; mientras que los mismos González, tradentes de Santa Isabel, permutaron con Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas el predio que se denominó ‘Hato Viejo’ según Escritura número 6665 de 1º de diciembre de 1962 de la Notaría 4ª de Bogotá, registrada en la oficina correspondiente el 3 de enero de 1964”.

e) “La señora Isabel Castiblanco de Corredor vendió por su misma ubicación y linderos el predio ‘Santa Isabel’ a Severiano González Poveda por medio de la Escritura 4478 de 24 de agosto de 1962 de la Notaría 4ª de Bogotá; a su vez Severiano González Poveda vendió a Alfonso Mendoza Moreno el predio ‘Santa Isabel’ según Escritura 5151 de 26 de octubre de 1964 de la Notaría 4ª de Bogotá; y por su parte mi tradente el doctor Héctor José Rodríguez Torres adquirió ‘Santa Isabel’ por adjudicación remate que se hiciera en el proceso ejecutivo seguido contra Alfonso Mendoza y otros en el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, Juzgado por entonces de plena jurisdicción”.

f) “El predio ‘Hato Viejo’, adquirido un año después de Santa Isabel, fue vendido por Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas a Albertoto Gasca Silva según Escritura 3736 de 22 de agosto de 1972 de la Notaría 9ª de Bogotá; a su vez el señor Gasca Silva aparece vendiendo a María Teresa Arciniegas Caicedo la finca Hato Viejo según Escritura 7738 de 26 de diciembre de 1974 de la Notaría 9ª de Bogotá. En estas dos últimas escrituras aparecen registrados linderos diferentes a los consignados en el título inicial de adquisición de ‘Hato Viejo’ y posteriormente y en forma unilateral, la señora María Teresa Arciniegas mediante Escritura 836 de 4 de marzo de 1980 de la Notaría 1ª de Bogotá resolvió consignar unos nuevos linderos para su predio”.

g) “El señor Jorge Luz Rojas pretendió apropiarse de la finca ‘Santa Isabel’ alegando que hacía parte de ‘Hato Viejo’ y que por consiguiente era objeto de la permuta que había celebrado con los González. Ello dio origen a un proceso reivindicatorio que la Corte calificó de fraudulento al desatar el recurso extraordinario de revisión que contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio interpusiera el doctor Héctor José Ro-

dríguez Torres. El objeto del recurso de revisión fue el de probar que 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo' eran y son predios diferentes por su ubicación, linderos y tradición y que colindaban por el costado sur de 'Santa Isabel' y norte de 'Hato Viejo' según sus respectivos títulos de tradición, sin que la Corte, por no ser objeto de la acción, hubiera determinado la extensión del lindero común".

h) "En la tramitación del recurso extraordinario de revisión se produjo ante la Corte un dictamen pericial rendido por los doctores Francisco Parodi Dávila y José Acosta Sarmiento con el fin de determinar, como lo ordenara la Corte en auto de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos setenta y dos (1972), si el inmueble 'Santa Isabel' era o no totalmente diferente del de 'Hato Viejo' y si aquél estaba o no comprendido dentro de éste. Rendido el dictamen los peritos determinaron la diferencia de los dos inmuebles y señalaron que tenían un lindero común y adjuntaron a su experticio un plano que calcularon de unas planchas del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la medida que allí aparece no fue verificada ni tomada sobre el terreno sino que fue deducida sobre coordenadas y a escala, hecho que implica en cuanto a la extensión del lindero su discordancia con la realidad".

i) A raíz de ciertos hechos tendientes a burlar el cumplimiento de las decisiones de la Corte al resolver el recurso de revisión, el doctor Héctor José Rodríguez, tradente de Luis Francisco Vargas, se vio compelido a recurrir ante la Justicia Penal, con el objeto de que se le hiciera entrega del predio Santa Isabel, de que irregularmente se le había privado de la posesión, y fue así como el Juzgado 26 de Instrucción Criminal ordenó y realizó la entrega de la finca Santa Isabel a Rodríguez Torres, según diligencia de 17 de marzo de 1977, en la que, sin oposición, se demostró que la cerca que dividía los predios Santa Isabel y Hato Viejo, en el costado suroccidental de aquella y noroccidental de ésta, fue destruida por Jorge Luz Rojas y María Teresa Arciniegas.

j) Con posterioridad a la entrega que se le hiciera a Héctor José Rodríguez Torres de la finca Santa Isabel por el Juzgado 26 de instrucción, Jorge Luz y María Teresa invadieron parte de la finca en la zona colindante con ellos, lo que originó un nuevo proceso penal, dentro del cual se practicó por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Villavicencio una diligencia de inspección judicial, en la que se acordó: "... y no teniendo el Juzgado objeción que hacer deja a las partes para que de común acuerdo se delimiten quedando acordado que se tirará una línea recta de un palo de aceite frondoso que se encuentra en donde termina una cerca de alambre que en línea recta que va de la carretera de penetración que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas del Guayuriba y que hace colindancia entre 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo' hasta el caño Yacuana o Buenaventura, siguiendo la misma dirección recta que lleva la cerca anunciada... igualmente el doctor Rodríguez Torres se compromete a levantar la cerca en el lindero acordado...".

k) A pesar de lo anterior y de otro proceso por ocupación de hecho iniciado por María Teresa, surgió este deslinde iniciado por la misma, en donde niega los acuerdos hechos en torno a la línea divisoria.

l) "La razón por la cual la línea divisoria del lindero común de los predios 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo' de los Mangos' no termina en el caño

Yacuana o Buenaventura se encuentra consignada en la diligencia de indagatoria que rindiera el señor Jorge Luz Rojas ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López el catorce (14) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971) y en la que manifiesta que sus permutantes, los González, no le hicieron entrega de un área de terreno de aproximadamente treinta (30) hectáreas y que hoy pertenecen a la finca 'El Gran Chaparral'".

l) "En el proceso de deslinde y amojonamiento se encuentra establecida la existencia de una cerca de alambre en toda la extensión del lindero común de los predios 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo de los Mangos', cerca que fue construida por el doctor Rodríguez Torres con fundamento en los títulos y acuerdos realizados ante autoridades jurisdiccionales, que tienen el verdadero carácter de transacción, y que por consiguiente implica que los inmuebles 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo' tengan un lindero común cuya línea divisoria se encuentra plenamente definida. Esta sola circunstancia hace improcedente el deslinde. Procesalmente quedó establecido, por medio de la prueba documental, la realidad y lo manifestado por las partes ante el señor juez, que la línea divisoria de los predios 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo de los Mangos' es una línea recta que debe seguir de oriente a occidente el mismo rumbo y dirección de la cerca no discutida de ochocientos metros y que tiene una existencia superior a los veinte años".

m) "En la continuación de la diligencia de deslinde y amojonamiento realizada el día veintiocho (28) de julio de mil novecientos ochenta y tres (1983) la fijación de la línea divisoria del lindero común de las fincas 'Santa Isabel' y 'Hato Viejo de los Mangos' se hizo sin que se tuviera en cuenta la realidad procesal que indicaba que ella era una línea recta que debía seguir la dirección y rumbo de la cerca de ochocientos metros no discutida. La línea recta del lindero se convirtió en una línea quebrada en búsqueda de una distancia que aparece en un plano calcado pero nunca fue tomada sobre el terreno y que hace parte de un peritazgo en el que se debatían cuestiones diferentes. Esta es la razón de la objeción a la línea señalada por el Juzgado y que permite reivindicar mediante proceso de deslinde y amojonamiento una extensión aproximada a veinticinco (25) hectáreas sobre las cuales María Teresa Arciniegas Caicedo nunca ha tenido derecho alguno".

n) Finalmente el demandante expresa que él, y sus antecesores en el dominio, han poseído la finca "Santa Isabel" por un lapso superior a 20 años, por los linderos expresados en el título de adquisición.

X. Oportunamente la demandada María Teresa replicó la demanda, con oposición a las súplicas y con negación a la mayoría de los hechos, habiendo terminado la primera instancia con sentencia de 11 de agosto de 1984, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"1º Declárase improcedente el deslinde y amojonamiento impetrado por María Teresa Arciniegas Caicedo, respecto del lindero común de los predios 'Santa Isabel' en su costado sur, y 'Hato Viejo' en su costado norte, por existir cerca divisoria perfectamente determinada en toda la extensión de la colindancia.

"2º Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda de deslinde y amojonamiento. Líbrese la comunicación del caso.

“3º Condénase a la demandada, señora María Teresa Arciniegas Cai-cedo, al pago de las costas del proceso”.

XI. Insatisfecha María Teresa con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 23 de julio de 1985, mediante el cual se revocó el proferido por el *a quo* y, en su lugar, resolvió confirmar “el deslinde y amojonamiento decretado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López obrante en la continuación de la diligencia de ‘deslinde y amojonamiento’, de fecha 28 de julio de 1983, que aparece a los folios 267 y ss. del cuaderno número 1 del proceso inicial”.

XII. Contra la resolución precedente, el demandante Luis Francisco interpuso el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de que el *ad quem* refiere los antecedentes del litigio, comienza por precisar que, si bien el proceso ordinario de deslinde no es un proceso reivindicatorio, no es menos cierto, según doctrina de la Corte, que en la determinación de la legalidad o ilegalidad de la demarcación hecha puedan estudiarse hechos referentes al dominio alegado por el inconforme como motivo de su oposición.

Con respaldo en la consideración precedente y en lo que dispone el artículo 465 del Código de Procedimiento Civil, expresa el Tribunal a continuación que “cae de su base la tercera pretensión, o pretensión subsidiaria del demandante, por estar fundada en dos inconsecuencias: La primera, declarar improcedente el deslinde y amojonamiento porque existe una cerca divisoria. Se advierte que esta cerca no existe en su totalidad y que aunque existiera no impediría al colindante solicitar el deslinde y amojonamiento; y la segunda porque la variación de una línea divisoria necesariamente trae variantes de superficie”.

En torno a la súplica segunda de la demanda de oposición, el *ad quem*, luego, de que transcribe la determinación o alinderamiento de los inmuebles de que tratan las escrituras públicas números 6269 de 24 de noviembre de 1961 de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá (venta de Severiano González Poveda a Isabel Castiblanco de Corredor del predio Santa Isabel), 4478 de 24 de agosto de 1962 (venta de Isabel Castiblanco a Severiano González Poveda del predio “Santa Isabel”) y, 5151 de 26 de octubre de 1964, de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá (venta de Severiano González a Alfonso Mendoza Moreno del fundo Santa Isabel), expresa que en estos actos escriturarios “sólo se menciona, *por el Sur*, las tierras de Severiano González; pero al Occidente no existe prueba que el predio de Santa Isabel limite con tierras del Gran Chaparral, como quiera que las mismas escrituras nombran tierras del mismo Severiano que fue quien hizo la separación de los terrenos en colindancia; pero, que por no haberse definido la línea divisoria, es por lo que se ha solicitado su definición a la autoridad competente. Las anteriores escrituras corresponden al predio Santa Isabel”.

En seguida el Tribunal, una vez que transcribe la delimitación del inmueble de que tratan las escrituras públicas números 6665 de 1º de diciembre de 1962 de la Notaría 4ª del Círculo de Bogotá (permuta de Severiano González Poveda, Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González con Jorge Rojas y María Teresa de Rojas del fundo Hato Viejo), 3736 de 22 de agosto de 1972 de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá (venta de los Rojas a Alberto Gasca Silva) y 7738 de 26 de diciembre de 1974, de la misma Notaría (venta de Alberto Gasca Silva a María Teresa Arciniegas Caicedo), afirma que de tales documentos “se desprende con claridad que el predio Santa Isabel limita por el Sur con el predio Hato Viejo; y éste limita por el Norte con el predio Santa Isabel igualmente se concluye que por el Occidente el predio Santa Isabel limita con tierras que fueron de don Severiano y con el Caño Buenaventura; significando así que la línea divisoria de los dos predios no puede estrellarse contra las cercas divisorias del Gran Chaparral porque entonces el caño Buenaventura nada tendría que ver con esta línea... La parte opositora opina que se trata de una línea recta; pero en ninguno de los 6 títulos escriturarios antes citados se afirma tal cosa”.

Más adelante el Tribunal aborda la conclusión a que llegó el *a quo* sobre la improcedencia del deslinde por existir una cerca que demarca la colindancia de los predios Hato Viejo y Santa Isabel, y en el punto observa que la improcedencia del deslinde acontece, pero cuando los inmuebles no son colindantes, o cuando entre ellos existan ciertas construcciones, de tal entidad, que induzca a deducir el común acuerdo de las partes sobre el deslinde, lo cual no se da en presencia “de una cerca de alambre entre la maleza”.

Entra posteriormente el Tribunal a transcribir las súplicas de la demanda y la fijación de la línea hecha por el *a quo* en la diligencia de deslinde, luego de lo cual concluye que los hechos “de la oposición son una especie de historial de títulos traslaticios de dominio de los cuales ya se citaron 6 cuyos linderos norte, cuando del predio Hato Viejo se trata, es Santa Isabel en tanto que el Occidente El Gran Chaparral y el caño Yacuana o Buenaventura le ponen término. Por su parte el predio Santa Isabel, de conformidad con las probanzas, no existe duda que al sur limita con Hato Viejo hasta el caño Buenaventura; y precisamente este es el lindero que reclama claridad. Si a los datos que arrojan las escrituras primeramente citadas se suma el diligenciamiento que la Corte Suprema hizo para concluir que los predios Hato Viejo y Santa Isabel son diferentes, aparece de inmediato un guarismo de 1.790 metros correspondientes a la línea que los separa; y que los peritos nombrados por la Corte detallaron pormenorizadamente. En igual forma los peritos Miguel Villamil y Fernando Triana de Castro, nombrados por el Juzgado en las diligencias de deslinde y amojonamiento elaboraron los planos que firman a folios 230 y 236 y en los cuales el Juzgado señaló con línea roja los linderos que consideró eran los ajustados al objetivo perseguido en el proceso y así dictó su fallo.

“La forma en que apareció el precitado guarismo está suficientemente explicada en el peritazgo que ante la Corte rindieron los doctores Francisco Parodi Dávila y José Manuel Acosta Sarmiento al folio 27 y ss¹ y 167 y los planos en donde tal medida aparece, figuran a los folios 30 y 82.

“Cabe anotar que solamente se tienen en cuenta las escrituras mencionadas (6) porque con ellas se demuestra la necesidad del deslinde y amojonamiento, como quiera que la línea divisoria entre los predios Santa Isabel y Hato Viejo no fue trazada por don Severiano González, ni los colindantes se pusieron de acuerdo para hacer dicho trazo. La cerca de los 800 metros que de oriente se dirige a occidente partiendo de la carretera que de La Balsa conduce hacia las Bocas del Guayuriba, fue construida sin acuerdo con el colindante; pero habiendo sido aceptada por ambas partes como cerca medianera, ha de ser respetada por tal razón.

“En cuanto al resto de la línea divisoria se considera que el trazo reconocido por el Juzgado en la providencia con la cual se puso fin al proceso especial de deslinde y amojonamiento es correcta y no habiéndose demostrado acuerdo de los colindantes, implícito o explícito, ni colindancia definida en las seis transferencias que se han tenido en cuenta y el proceso ordinario deficiente en pedimentos y probanzas, lo mismo que la falta de definición sobre la sentencia del proceso especial en el ordinario, llevan a mantener la decisión del deslinde adoptada en la diligencia correspondiente, por ajustarse a derecho”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Dentro del marco de la causal primera de casación, cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

Cargo primero.

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 460 del Código de Procedimiento Civil, 900 del Código Civil, por aplicación indebida y, 464 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el sentenciador de segundo grado en la apreciación de las pruebas.

En el desarrollo del cargo el recurrente destaca lo siguiente:

a) En la Escritura Pública número 7.738, de diciembre de 1974, de la Notaría Novena del Circuito de Bogotá, contentiva de la venta del predio “Hato Viejo” de Alberto Gasca Silva a María Teresa Arciniegas Caicedo, en la línea que se controvierte se señala como lindero éste: “por el Norte, linda con terrenos que han sido de la misma finca de Hato Viejo, y caño de La Bañadera al medio”.

b) En la Escritura Pública número 3.736, que recoge la venta de Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas a Alberto Gasca Silva, se repite que el predio “Hato Viejo” presenta por el Norte la misma delimitación, antes transcrita.

c) En la Escritura Pública número 6.665, de 1º de diciembre de 1962, de la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, referente a la permuta del predio “Hato Viejo”, celebrada entre Severiano González Poveda, Jimeno González Hernández y Rosa María Hernández de González con Jorge Luz Rojas, se expresa que el citado predio linda, “por el Norte, con Isabel de Corredor”.

d) En la Escritura Pública número 6.536, de 24 de diciembre de 1960, también de la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, alusiva a la permuta

celebrada por Alfonso Gómez Parra con Severiano González Poveda, Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González sobre la finca "La Yacuana", pone de presente que de este predio se desprende el fundo "Hato Viejo de Los Mangos".

e) En la Escritura número 836, de 4 de marzo de 1980, de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, que trata de la protocolización que de unos documentos hace María Teresa Arciniegas de Caicedo, ésta unilateralmente expresa que por cuanto los linderos del predio "Hato Viejo" están equivocados en la escritura de adquisición, los corrige así: "Norte finca Santa Isabel de propiedad de Héctor José Rodríguez, cerca de alambre de púas partiendo de la carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca hasta encontrar el caño Yacuana o Buenaventura, en una extensión de 1.720 metros".

f) En la Escritura Pública número 3.735, de 22 de agosto de 1972, de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá, que trata de la venta de Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas a Diva Rojas de Arciniegas de 40 hectáreas del predio "Hato Viejo", se indica como lindero "por el Norte, en parte con el camino carretable de entrada a la finca Playa Rica, que ha sido de propiedad de la sociedad cacaotera Playa Rica, Puerto López; en parte con la carretera que de Villavicencio conduce a Puerto López; en parte con el predio de extensión de 1½ hectáreas que ha sido parte de la finca 'La Yacuana'".

g) En la Escritura Pública número 9.265 de 28 de diciembre de 1979, de la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, atinente a la venta de la finca Santa Isabel de Héctor José Rodríguez Torres a Luis Francisco Vargas Osorno, se especifica como lindero sur del citado inmueble, el siguiente: "Por el Sur partiendo de la citada carretera de penetración y en dirección oriente-occidente, por una cerca de alambre a dar a una mata de aceite frondoso situada a la orilla de un caño que este punto separa a Santa Isabel de la finca 'Hato Viejo de los Mangos'; de aquí en línea recta y por cerca de alambre propia de Santa Isabel a dar a un tronco situado a unos quinientos (500) metros de aquí por la misma cerca de alambre propia, en línea recta y siguiendo el mismo rumbo a dar al caño Buenaventura o caño Yacuana, en un trayecto de unos mil (1.000) metros, lindando por este costado sur con la finca 'Hato Viejo de los Mangos' de propiedad de María Teresa Arciniegas Caicedo".

Más adelante la censura, en procura de demostrar el cargo, expresa que con las Escrituras números 7.738, 3.736 y 6.665, respecto de las cuales el Tribunal se limitó a registrar su presencia y a transcribir los linderos, para concluir que el predio Santa Isabel limita por el sur con el predio Hato Viejo y éste por el Norte con aquél, no es así, pues "no se da la prueba plena y completa de que los predios sean colindantes", porque según las Escrituras números 7.738 y 6.665, entre los mencionados predios se interpone otro y un caño, o sea, que el fallador supuso o dio por demostrado el hecho de la colindancia, sin existir en el proceso prueba de tal cosa.

En seguida la censura le achaca al Tribunal el haber pasado por alto la Escritura número 3.735 de 22 de agosto de 1972, contentiva de la venta de Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas a Diva Rojas de Arciniegas, en la que se observa que el predio "Hato Viejo" se fraccionó en

dos porciones y que por el costado norte, “que correspondía al predio Santa Isabel, se señalan otros linderos, que sólo contribuyen a hacer más confusa la verdadera situación de la colindancia”. Tampoco tuvo en cuenta la Escritura pública número 6.536 de 24 de diciembre de 1960, que pone de presente que de la finca “La Yacuana” se desmembraron los predios “Hato Viejo” y “Santa Isabel”; ni siquiera aludió a la Escritura Pública número 836 de 4 de marzo de 1980, mediante la cual María Teresa Arciniegas Cacedo protocolizó varios documentos y unilateralmente rectificó los linderos de los predios “Santa Isabel” y “Hato Viejo”, para estructurar así la colindancia entre los mismos.

Por último expresa el casacionista que el Tribunal cometió *yerro de facto* evidente al considerar que el predio “Hato Viejo de los Mangos” es colindante con el predio “Santa Isabel”.

Cargo segundo.

Por éste acusa la sentencia del *ad quem* de infringir los artículos 460 del Código de Procedimiento Civil y 900 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Comienza el recurrente por señalar que el *ad quem* preterió, en el examen de la prueba, los hechos 2, 4 y 6 de la demanda con la cual se inició el proceso especial del deslinde, la Escritura pública número 836 de 4 de marzo de 1980, de la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, la sentencia de la Corte de 18 de febrero de 1974 que decidió el recurso extraordinario de revisión, elementos de convicción éstos con los cuales se establece que los predios “Hato Viejo de los Mangos” y “Santa Isabel” ya están deslindados, con cerca de alambre de púas y postes de madera.

Luego la censura expresa que el sentenciador de segundo grado pasó por alto la diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Villavicencio, con asistencia de las partes, durante la cual los litigantes solicitaron de común acuerdo que “se tirara una línea recta de un palo de aceite frondoso que se encuentra donde termina una cerca de alambre que en línea recta va de la carretera de penetración que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas del Guayuriba y que hace colindancia entre Santa Isabel y Hato Viejo el caño Yacuana o Buenaventura, siguiendo la misma dirección recta que lleva la cerca anunciada” y, en esta misma diligencia, la citada María Teresa Arciniegas expresa su conformidad y añade que las diferencias ocurridas obedecen a la falta de aclaración de los títulos y que, por tal virtud, hace entrega del terreno delimitado a Rodríguez Torres para que trace la cerca anunciada. Agrega el recurrente que tampoco tuvo en cuenta el Tribunal el interrogatorio de parte rendido por María Teresa, al haber afirmado el sentenciador que la cerca no existe, como tampoco se dio cuenta que en la diligencia de deslinde iniciado el 2 de febrero de 1983, el mismo Juez *a quo* observó la existencia de la cerca, como también lo confirman los peritos Villamil y Triana que le dan una extensión de 2.381.10 metros, de 5 años de construida, aproximadamente con 5 quiebres, prueba esta última que también omitió el *ad quem*.

A todo lo anterior, la censura suma la declaración rendida por Jorge Luz Rojas, tradente de María Teresa Arciniegas, en donde afirma que de la carretera que va a Mata de Yuca y al caño Yacuana existe una cerca antigua, de lo cual infiere que desde tiempo atrás los predios Hato Viejo y Santa Isabel se encontraban bien divididos y claramente delimitados por una cerca, hecho este que no apreció el Tribunal, por lo que desacertó al afirmar que una cerca de alambre, entre la maleza, no supone que ya existe deslinde.

Sobre la existencia de la cerca de alambre y postes de madera, insiste la censura en que tal hecho, además de lo ya expresado, lo corrobora la demanda por ocupación de hecho formulado por María Teresa contra Héctor José Rodríguez, la diligencia de inspección judicial practicada por la alcaldía y el testimonio rendido allí por Patrocínio Moreno, pruebas estas que tampoco tuvo en cuenta el Tribunal, y lo propio ocurrió con las diligencias de entrega realizadas el 25 de junio de 1960 y 17 de marzo de 1977 por los Juzgados Civil Municipal de Puerto López y Veintiséis de Instrucción Criminal, respectivamente.

Por último, el recurrente dice:

“El honorable Tribunal en la sentencia acusada a vuelta de considerar que en forma alguna se puede aceptar que el proceso ordinario de deslinde sea un proceso reivindicatorio, no obstante que sí puede definirse lo que tenga que ver con la superficie del terreno, concluyó que la pretensión subsidiaria se funda en dos inconsecuencias: ‘La primera, declarar improcedente el deslinde y amojonamiento porque existe una cerca divisoria’ y ‘la segunda porque la variación de una línea divisoria necesariamente trae variantes de superficie’ ”.

“En seguida el mismo fallador advierte ‘que esta cerca no existe en su totalidad y que aunque existiera no impediría al colindante solicitar el deslinde y amojonamiento’, lo que indica, según los términos empleados, que en primer lugar, tuvo como no probado el hecho por no haber tenido en cuenta la existencia en el proceso de todos los medios de pruebas que se han enumerado y que demuestran, con toda evidencia ‘que ese hecho existió’ ”.

“En segundo lugar, si consideró la prueba, en su generalidad, lo hizo superficialmente, recortando o cercenando su contenido real y conforme al cual se deduce igualmente que la cerca no sólo existía en el trayecto de los 800 metros, que no es materia del litigio, sino en toda su extensión o trayecto hasta llegar al caño Yacuana o Buenaventura, que según dictámenes periciales cubre una longitud de 2.381.10 metros (Fl. 237 Cuad. 1). Así se desprende igualmente de las demás pruebas, que no hacen referencia exclusiva a una cerca de 800 metros, sino a la cerca en general del lindero norte de ‘Hato Viejo de los Mangos’ y ‘Santa Isabel’, en su lindero sur.

“En relación con el segundo planteamiento que hace el Tribunal de ‘que aunque existiera (la cerca) no impediría al colindante solicitar el deslinde y amojonamiento’, cometió también error evidente de hecho, porque ante la certeza no le era dable hacer tal suposición, que envuelve una duda, y que en el caso litigado no permitía tal hipótesis para sostener el opuesto y equivocado concepto que formuló en la frase transcrita y que

fielmente interpretada querría decir que para el fallador daba lo mismo que existiera o no existiera la cerca.

“En este proceso se hacen patentes, los errores de hecho cometidos por el fallador y de cierto modo contradictoria la duda antes planteada, pues los medios de prueba aportados y determinados en la presente demanda de casación, demuestran no que exista o haya existido una simple ‘cerca de alambre entre la maleza’, como lo sostiene equivocadamente, sino una cerca de alambre que cubre todo el trayecto del lindero discutido y que definitivamente fue trazada y constituida en cumplimiento y desarrollo de una transacción a que llegaron las partes litigantes.

“El fallador cometió los errores que se le atribuyen, porque al ignorar la prueba que consta en el proceso, no dio por establecido el hecho de la existencia de la cerca, a partir de los 800 metros aceptados por las partes, y por eso sostuvo, contra la evidencia que para declarar la improcedencia del deslinde se requería que los predios no fueran colindantes o que la colindancia se encuentra tan definitivamente constituida que induzca a deducir el común acuerdo de las partes sobre la misma, precisamente lo que aquí se demostró y que deja sin base el otro pilar o soporte del fallo”.

Cargo tercero.

Acúsase la sentencia del Tribunal de infringir, por vía directa, los artículos 460 del Código de Procedimiento Civil y 900 del Código Civil, por aplicación indebida.

Lo desarrolla así:

a) Que en la demanda con la cual se inició el proceso especial, María Teresa solicitó el deslinde de los predios Hato Viejo y Santa Isabel y al contestar la demanda el demandado expresó que había levantado la cerca en la parte y por el sitio que había sido destruida, la que dividía los inmuebles en ese sector, lo cual hizo en uso de su derecho y dentro del término que le concedió el Juzgado 16 de Instrucción Criminal.

b) Con las pruebas aportadas se acreditó la existencia de la cerca en todo el trayecto deslindando y, por ende, lo improcedente del deslinde pretendido.

c) Que en “el fallo acusado, luego de advertir que la ‘cerca no existe en su totalidad’ agrega *que aunque existiera no impediría al colindante solicitar el deslinde y amojonamiento*, hipótesis que por sí sola permite interpretarla, como otro soporte de la sentencia, en el sentido de que para el Tribunal, el deslinde también resultaba procedente en el segundo caso planteado”.

“En el supuesto concreto —existencia de la cerca— que el Tribunal admite como una posibilidad, no podían obrar los ordenamientos jurídicos que se citan, por cuanto ellos presuponen que no exista ya establecida una línea divisoria que separe los predios colindantes, como ocurre en este proceso en que los límites se fijaron clara y definitivamente, por común acuerdo de los contendientes.

“Al tenor de las normas sustanciales de los artículos 460 del Código de Procedimiento Civil y 900 del Código Civil, el fin del proceso de deslinde

o apeo, es el de fijar, aclarar o rectificar la línea divisoria o de demarcación de los predios colindantes, lo que indica que si esos fines ya se han cumplido por el querer o voluntad de las partes, o por otra causa, se carece de todo derecho subjetivo, para pretender por la justicia el reconocimiento de lo que ya está reconocido.

“El Tribunal no lo entendió así, y por ello al subsumir el hecho establecido o supuestamente establecido, dentro de lo hipotetizado por las normas precitadas, incurrió en error *in judicando*, porque se ve que apreció rectamente las normas de derecho señaladas, en todo su alcance y contenido, pero en última instancia también las vino a aplicar al caso que no correspondía, como bien se desprende de los términos empleados en la motivación agregada, que sin mucho esfuerzo traduce la convicción de que en el uno como en el otro evento, habría obrado lo mismo y decidido con igual criterio. Aplicar las normas, existiera o no existiera la cerca divisoria.

“La circunstancia concreta y de hecho que se opuso por el demandado en el proceso inicial para que no se accediera al deslinde y amojonamiento, por estar ya determinada la materialidad del lindero, no fue ni había sido obstáculo para el Tribunal, para decretarlo, como lo hizo, al amparo de las normas indicadas, concediendo así un derecho a quien no era su titular y alterando de paso, una demarcación ya constituida y que se había trazado por convenio legal ajustado entre los propietarios de los predios colindantes.

“Si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la circunstancia de hecho alegada y demostrada, como impeditiva para decretar el deslinde, por sustracción de materia, habría impuesto la correcta conclusión, como lo decidió el Juzgado *a quo*, de que el deslinde solicitado no era procedente, y por lo mismo no habría incurrido en el error que se le atribuye que tuvo como fundamento la creencia absurda e irrazonable de que *aunque existiera no impediría al colindante solicitar el deslinde y amojonamiento*, esto con referencia a la cerca divisoria”.

SE CONSIDERA

1º *Si en un principio, durante la vigencia de la anterior legislación procedimental (Ley 105 de 1931), se controvertió por la jurisprudencia de la Corte si en el proceso ordinario que surgía con motivo de la oposición a la diligencia de deslinde por una de las partes procedía o no plantear cuestiones atinentes a la propiedad o posesión de los predios materia del deslinde, lo cual dio lugar a criterios encontrados, lo cierto fue que por el último se inclinó por afirmar que tales puntos no eran extraños a tal linaje de procesos, pues dijo en sentencia de 15 de junio de 1964 que, “aunque con algunas mudanzas en su jurisprudencia, la Corte ha concluido por admitir que en un juicio ordinario de oposición a un deslinde se puedan plantear de manera expresa cuestiones referentes al dominio de los predios deslindados, a la nulidad o eficacia de los títulos aducidos por las partes y a la posesión sobre los terrenos aledaños a la línea divisoria. Esta tesis ha sido expuesta en repetidas ocasiones, como puede verse en casaciones de 30 de noviembre de 1946 (LXI, 680), 22 de febrero de 1955 (LXXIX, 493) y 24 de marzo de 1956 (LXXXIII, 538). La razón estriba en que, siendo el deslinde un atributo del dominio, al juicio que se promueva para obtenerlo*

no son ajenas las cuestiones que se refieren a la propiedad de los fundos o a la posesión que se alega como base de una prescripción ya consumada o como elemento ilustrativo del contenido espacial de los títulos allegados por las partes" (CVII, 271 y 272).

El criterio doctrinal precedente encuentra en el actual estatuto procedimental la vía expedita para su recibo y aceptación, tal como lo expuso la Corte en sentencia de 24 de abril de 1984.

2º La demarcación o deslinde, que los romanos denominaron *actio finium regundorum*, se encuentra establecida en la legislación civil colombiana en cuanto expresa que "todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurren a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes". (Art. 900 del C. C.).

Según la norma transcrita, la doctrina ha precisado que son condiciones de la demarcación: a) La existencia de dos predios pertenecientes a diferentes dueños; y b) Que los inmuebles sean contiguos.

La primera exigencia es obvia, pues tratándose con el deslinde de determinar los límites de una propiedad respecto de otra, fácilmente se comprende que cuando los dos inmuebles pertenecen a un mismo dueño, como éste puede ad libitum o soberanamente establecer entre ambos bienes sus linderos en la parte que se tocan entre sí, infiérese que en tal evento no puede darse controversia de linderos y, por ende, no procede el deslinde. "Para que tenga aplicación la acción de demarcación —dice Claro Solar— se requiere que los predios pertenezcan a propietarios diferentes. Tratándose de propiedades pertenecientes al mismo dueño, este es árbitro de establecer entre esos predios los deslindes que estime convenientes; y en ello ejercerá simplemente su derecho de propiedad" (explicaciones de Derecho Civil Chileno. T. VIII No. 1418).

La segunda condición para la procedencia del deslinde exige que los predios se toquen, "colindén", como expresa el mismo artículo 900 del Código Civil, o sean contiguos, como lo indica el artículo 460 del Código de Procedimiento Civil. De suerte que si los predios no son contiguos, como cuando entre ellos se interpone otro bien raíz perteneciente a un tercero, no hay lugar a la demarcación y, si a pesar de ello se promueve la acción de deslinde y en el proceso se establece "que los terrenos no son colindantes", le corresponde al juzgador declarar improcedente el deslinde (Art. 464 del C. de P. C.).

En el punto tiene sentado la jurisprudencia que para "que proceda el juicio de deslinde de dos o más propiedades ante todo exige que sean ellas contiguas entre sí, lo que vale decir, que no haya entre ellas solución alguna de continuidad" (Cas. Civ. de 3 de noviembre de 1949, LXVI, 650). Por tal virtud, "la principal labor del juez ante quien se demande el deslinde de dos propiedades, es determinar si éstas colindan entre sí" (Cas. Civ. 21 de mayo de 1953, LXXV, 142).

3º A más de lo dicho, conviene aclarar que si la acción de deslinde no procede cuando los predios ya han sido deslindados, bien por acuerdo de los propietarios de los predios colindantes, ora por decisión judicial, no es

menos cierto que la mencionada acción sí se abre paso cuando la línea y el cerramiento o cerco colocado, lo ha sido en forma unilateral o por obra de uno de los dueños de los predios contiguos. Porque, como con acierto lo sostiene la doctrina de los tratadistas, no constituye demostración de que ya se ha realizado el deslinde la existencia de un cerramiento, porque es posible que éste se haya efectuado por uno solo de los propietarios de los predios colindantes y, por tal virtud resulte fijando el límite y colocando los cercos por un lugar que ciertamente no corresponde a la línea que separa los fundos contiguos, según el contenido espacial de los títulos. Semejante postura, como no entraña una definición real y exacta de linderos entre predios contiguos, sino por el contrario, propicia su controversia, incuestionablemente le asiste al propietario del predio que no ha participado en la determinación de la línea fijada en esas condiciones, el derecho a que se le precise, por la justicia, el lindero que realmente separa los fundos.

4º Aclarado lo anterior, es preciso advertir, en torno de las dos acusaciones iniciales, que no se ofrece el error de hecho, en la modalidad de manifiesto, cuando para establecerlo sea necesario recurrir a esforzados razonamientos, puesto que tal evento no salta a la vista con su sola enunciación. “Este error —dice la Corte— debe ser ostensible, es decir, que salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Porque cuando para demostrarlo es indispensable emplear complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no lo capta de primer golpe, entonces se está frente a un error que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que, de consiguiente, no sirve de estribo a un ataque en casación” (Cas. Civ. de 20 de mayo de 1970. CXXXIV, 146, 16 de agosto de 1963, CXLVII, 37; 9 de agosto de 1982, aún no publicada).

5º Conviene recordar además que la misión de la Corte, en el ámbito de la causal primera, es la de velar por la recta inteligencia y debida aplicación de las leyes sustanciales. Por consiguiente, extraño aparece a este designio que el recurrente enjuicie el fallo por no participar de sus conclusiones, o que pretenda una revisión general de la situación de hecho planteada como si se tratara de una instancia más. Según la preceptiva técnica del recurso de casación, no se trata de permitir al recurrente ensayar un análisis diverso al verificado por el juzgador para sacar libremente consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, porque en tales circunstancias, forzosamente ha de prevalecer el juicio efectuado por el Tribunal, por venir revestido de la presunción de acierto. Precisamente tiene dicho la jurisprudencia que aunque se pueda organizar otro análisis de los medios de convicción, más profundo o sutil, más severo, más lógico o de mayor jurisdicción en sentir de la crítica, en tal forma que pudiera producir “vacilaciones más o menos intensas”, no podría quebrarse el fallo acusado, puesto que su ruptura incuestionablemente ha de fundarse en la certeza y no en la duda. No basta, entonces, que la apreciación del Tribunal pueda ser dudosa (CXXXVI, 45 y 46).

6º En este orden de ideas, si un determinado suceso admite varias interpretaciones, todas posibles, acoger una de ellas no constituye error evidente. “Si una determinada prueba —tiene dicho la Corte— admite dos o más interpretaciones diferentes, que no están reñidas con la lógica, acoger

una cualquiera de ellas no entraña la comisión de error manifiesto, desde luego que tal suceso no desacompaña con la realidad procesal. Y aunque en el sentir de la Corte o del censor, la interpretación no escogida por el Tribunal o por el Juez, fuese más ajustada a la lógica y consultara mejor los principios, el simple hecho de que la otra no sea arbitraria ni contraevidente, sería bastante razón para que la Corte no pudiera variarla, porque mientras no aparezca diáfananamente la arbitrariedad o la contraevidencia, los juicios del juzgador de segundo grado son intocables” (Cas. Civ. de 21 de septiembre de 1973).

7º De otro lado, si la censura viene montada por la causal primera, por desacierto cometido por el Tribunal en la apreciación de las pruebas, se tiene que por virtud de la autonomía de los cargos en casación, no resulta cabal y, por ende, con el vigor suficiente para quebrar la sentencia impugnada, cuando existiendo multiplicidad de pruebas, el reparo se circunscribe a unas dejando por fuera otras que le sirven de soporte, y que al no ser combatidas, la sentencia permanece en pie. (Cas. Civ. de 6 de agosto de 1958, LXXXVIII, 596; 24 de enero de 1962, XCVIII, 10; 29 de enero de 1966, CXV, 59; 11 de abril de 1972, CXLII, 146; de julio de 1985, aún no publicada).

Lo anterior es lo que acontece respecto de la primera censura, por cuanto el *ad quem*, para concluir que los predios Hato Viejo y Santa Isabel son colindantes, no se fundó exclusivamente en algunos títulos, sino además en otras pruebas no combatidas en el cargo primero, como por ejemplo, en los dictámenes periciales practicados en otro proceso y en el de deslinde, así como en los planos elaborados al efecto por los expertos. De suerte que la censura inicial, al no ser completa o cabal, se impone su rechazo.

8º Respecto del cargo segundo, fundado en que el deslinde es improcedente, por existir entre los predios una cerca en toda la extensión limítrofe, es preciso advertir que la existencia de una cerca no es indicativo, a toda costa, de que los predios ya están deslindados, porque puede acontecer que el cerramiento dicho ha sido colocado por donde ciertamente no es la línea divisoria o limítrofe de los predios, como antes se explicó.

Aclarado esto, el cargo tampoco se abre paso, porque el Tribunal, para determinar la línea divisoria, en la forma que lo hizo, fuera de la prueba documental y pericial que tuvo en cuenta, sacó como conclusión que la línea divisoria no puede ser recta, porque en su defecto chocaría contra las cercas de la finca “El Gran Chaparral” y el caño Buenaventura nada tendría que ver con la línea, de proyectarse en esas condiciones. Este soporte del fallo, que explica por qué el cerco que el recurrente llamó divisorio no lo es, permanece en pie, por no haber sido combatido en el cargo que se analiza.

9º Respecto del cargo tercero, que viene montado por la causal primera por vía directa, hay que hacer las precisiones siguientes:

a) La causal primera de casación consiste en que el quebranto de la ley sustancial, que puede producirse por dos vías distintas e inconfundibles: directa e indirecta. La primera acontece, cuando sin consideración a los elementos de convicción que le hayan servido al fallador de segundo grado para formar su juicio sobre el asunto debatido, la sentencia deja aplicar

al caso el precepto que lo rige, o le aplica una disposición que no es la pertinente o, le aplica la que ciertamente regula la situación, pero le da un entendimiento que no le corresponde. La segunda se presenta, cuando el fallo incurre en un yerro de facto o en uno de valoración en la estimación de las pruebas y a consecuencia de tal error, deja de aplicarse a la controversia la norma que lo regula o resulta aplicándole una disposición que le es extraña.

b) En armonía con el criterio precedente, se tiene que cuando el censor monta el ataque contra la sentencia del ad quem por la vía directa, concuerda con la apreciación que ha hecho el Tribunal de la situación fáctica litigiosa. Según estos lineamientos de la preceptiva técnica del recurso, en la demostración del cargo por violación directa de la ley sustancial, el recurrente no puede alejarse de las conclusiones a que el examen de los hechos controvertidos haya llegado el Tribunal. Por consiguiente, señala la doctrina reiterada de la Corporación, que "el desarrollo dialéctico de aquella labor demostrativa tiene que rehallarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que se consideren inaplicados, o indebidamente aplicados o equivocadamente interpretados, y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique divergencia con el Tribunal en relación con la apreciación que éste haya hecho de las pruebas" (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1969. CXXXII, 193).

c) Así las cosas, como el ataque por vía directa difiere fundamentalmente de la acusación por vía indirecta, configura una grave falla técnica censurar la sentencia del Tribunal por no participar de las conclusiones a que llegó el juzgador en su sentencia en el examen de la situación fáctica, porque esta última situación sólo es de recibo por la vía indirecta, lo que presupone para su prosperidad el quebranto de la ley sustancial señalada en la censura, a consecuencia de uno de estos dos yerrores: de derecho o de hecho, cuya demostración y trascendencia corre de cargo del recurrente.

En el cargo el recurrente, controvierte la conclusión a que llegó el sentenciador en el examen de los hechos, pues dice que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la existencia de la cerca, hecho alegado y probado, no habría decretado el deslinde, o sea, que la acusación se desplaza a la vía indirecta, lo cual se traduce en el rechazo del cargo.

Cargo cuarto.

Denuncia quebranto de los artículos 460 del Código de Procedimiento Civil y 900 del Código Civil, por aplicación indebida; y los artículos 306, 332 del Código de Procedimiento Civil y 2.483 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

El recurrente inicia el cargo expresado que el ad quem no apreció la copia de la sentencia de 18 de febrero de 1974, proferida por la Corte al desatar el recurso extraordinario de revisión de Héctor José Rodríguez y Alfonso Mendoza Moreno contra Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas, por la cual se invalidó la sentencia de 9 de febrero de 1967 del Tribunal Superior de Villavicencio, que había negado la pretensión reivindicatoria de Rojas - Pulido contra el citado Mendoza Moreno. Tampoco

apreció el sentenciador de segundo grado la copia de la diligencia de inspección judicial practicada el 3 de septiembre de 1978, que contiene la transacción a que llegaron María Teresa Arciniegas Caicedo y Héctor José Rodríguez, respecto de la línea divisoria materia de este proceso.

En seguida el recurrente destaca que la aludida sentencia de la Corte se tuvo en cuenta, con base en los dictámenes periciales realizados, que el lindero norte está constituido “por una cerca de alambre de púas, con postes de madera, partiendo de la carretera que de La Loma conduce a Mata de Yuca, dirección oriente a occidente, hasta el caño Yacuana, en longitud aproximada de 1.720 metros y que es el lindero sur de Santa Isabel” y en la diligencia de inspección judicial, las partes en este litigio solicitaron la fijación del lindero controvertido y allí acordaron que se “tirara una línea recta de un palo de aceite frondoso que se encuentra donde termina una cerca de alambre que en línea recta va de la carretera de penetración que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas de Guayuriba y que hace colindancia entre Santa Isabel y Hato Viejo hasta el caño Yacuana o Buenaventura, siguiendo la misma dirección recta que lleva la cerca anunciada”.

A continuación, luego de que el recurrente advierte que lo anterior no constituye medio nuevo en casación, porque se trata de situaciones que se plantearon en las instancias, concluye que el Tribunal cometió yerro fáctico evidente al no haber declarado la improcedencia del deslinde ante la existencia de la cosa juzgada, ya originada en la sentencia de la Corte, ora en la transacción celebrada, fuera de que para esta última no se requería solemnidad alguna, por tratarse de un negocio jurídico de carácter consensual, tal como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte en varios fallos, que cita y transcribe.

Culmina el recurrente expresando que si el Tribunal hubiera visto y tenido en cuenta los medios probatorios antes aludidos, habría reconocido la excepción de cosa juzgada o de transacción, la primera para darle término a la controversia por carencia de objeto y, la segunda, para ratificar la línea divisoria señalada por las partes.

SE CONSIDERA

1. Sin necesidad de entrar a estudiar la totalidad de los elementos que integran la cosa juzgada, simplemente advierte la Corte, para desestimar la existencia de la misma, que no hay identidad de causa, puesto que el fundamento o la razón de hecho alegada en el recurso de revisión, es absolutamente diferente de la *causa petendi* alegada en el proceso de deslinde. Por tanto, lo decidido en aquél no incide, con efectos de cosa juzgada, para resolver la oposición al deslinde. Y, algo más, el mismo recurrente, al estructurar su demanda de oposición, con lo cual se dio comienzo al ordinario de deslinde, afirma la inexistencia de cosa juzgada, al sostener que el objeto del recurso extraordinario fue el de establecer y decidir sobre el hecho de ser diferentes los predios Hato Viejo y Santa Isabel y ser colindantes por los costados norte y sur, respectivamente, pero en manera alguna determinar la extensión del lindero común.

2. En lo que toca, con la segunda parte de la acusación contenida en el cargo cuarto, tampoco se abre paso, por lo que pasa a verse.

A. En las súplicas de la demanda presentada por el opositor Luis Francisco Vargas al deslinde, solicita, como petición principal, que se declare que la línea divisoria, en la parte no aceptada, "la constituye una línea recta que sigue la dirección y rumbo de (sic) cerca de alambre de púas de ochocientos metros no discutida y que parte en línea recta de la carretera de penetración que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas del Guayuriba en sentido oriente-occidente y en línea recta en dirección al caño Yacuana o Buenaventura". Subsidiariamente, que no procede el deslinde, por cuanto existe una cerca divisoria perfectamente determinada entre los predios Santa Isabel y Hato Viejo, por el costado sur de aquel y norte de éste.

B. Para determinar la línea divisoria, el Tribunal tuvo en cuenta numerosas pruebas, de las cuales igualmente sacó varias conclusiones, así: a) que de las escrituras públicas números 6269 de 24 de noviembre de 1961 de la Notaría 4ª de Bogotá, 4478 de 24 de agosto de 1962, 5151 de 26 de octubre de 1964 de la Notaría Cuarta de Bogotá, 6665 de 1º de diciembre de 1962 de la misma Notaría, 3736 de 22 de agosto de 1972 de la Notaría Novena de Bogotá, y 3738 de 26 de diciembre de 1974 de la misma Notaría, se concluye que el predio Santa Isabel limita por el sur con el predio Hato Viejo y éste por el norte con aquél; b) que la línea divisoria de los predios "no puede estrellarse contra la cerca divisoria del Gran Chaparral porque entonces el caño Buenaventura nada tendría que ver con esta línea"; c) que "ninguno de los 6 títulos escriturarios antes citados" afirma que la línea divisoria de dichos predios sea recta; d) que la línea divisoria por donde la fijó el Juzgado y la extensión, ha quedado plenamente explicada no sólo con los títulos antes referidos sino con la prueba pericial practicada; e) que al concluir el Tribunal que la línea divisoria no podía ser recta, porque en su defecto se chocaría contra las cercas de la finca El Gran Chaparral, no sólo se fundó en los 6 títulos escriturarios reseñados sino en el dictamen rendido por los peritos Miguel Villamil y Fernando Triana, con base en el recorrido del terreno limítrofe y la distancia, los que dictaminaron que no puede ser una sola recta la línea divisoria, puesto que de lo contrario se llegaría al lindero del predio el Gran Chaparral y tendría que pasar éste para poder llegar a la postre al caño Yacuana, que por otra parte no ha variado de cauce; f) que no se ha demostrado acuerdo de los dueños de los predios Santa Isabel y Hato Viejo.

C. De la diversidad de pruebas y conclusiones antes compendiadas, el recurrente en la segunda parte del cargo que se viene analizando únicamente combatió la última, o sea, que el Tribunal no tuvo en cuenta la transacción.

D. Fuera de que el cargo, en el segundo punto resulta incompleto por lo que se acaba de observar, tampoco se da yerro, con las calidades de evidente y trascendente, porque la manifestación hecha por María Teresa ante el Juez de Instrucción, en lugar de hacer claridad sobre la controversia de linderos, dejó la situación más en la penumbra y acaso contrarió a lo

realmente querido por ella, por la torpe expresión de las ideas. Por consiguiente, cuanto el texto o las expresiones son abstrusas, incompletas, inexactas o absurdas, no debe olvidar el intérprete que, aun cuando por regla general, lo que constituye un límite para la interpretación del negocio jurídico, es la declaración misma, el intérprete debe tener en cuenta que para investigar la voluntad real de las partes, es indispensable en diversidad de casos, no detenerse en el sentido literal de la expresión ambigua, torpe o inexacta, sino en averiguar lo realmente querido, en lo cual no pueden estar ausentes los principios universales de lo justo y lo equitativo. (XLIV, 64).

Si la línea divisoria que alega el recurrente, con respaldo en lo manifestado por María Teresa en la diligencia de inspección judicial practicada por un juzgador penal, se proyectase en forma recta hasta el caño Yacuna o Buenaventura, se tendría que llegaría al lindero del predio El Gran Charral y, además, debía internarse en dicho predio para llegar, más adelante, al caño referido, lo cual chocaría frontalmente con la realidad de las cosas establecidas en el proceso.

Entonces, si dados los términos de la supuesta transacción y las circunstancias de tiempo y lugar en que María Teresa hizo algunas manifestaciones ante un Juez de Instrucción Criminal, no permite concluir que quedó definido con claridad lo atinente a la demarcación de los predios pertenecientes a los litigantes en la zona o lugar que se controvierte, se tiene que no se da el yerro fáctico señalado en el punto por la censura; y menos acontece según lo tiene dicho la Corporación, cuando un negocio jurídico admite varias interpretaciones razonablemente posibles.

3. Lo dicho, es suficiente para rechazar el cargo.

Cargo quinto.

Finalmente el recurrente ataca la sentencia del Tribunal de quebranto de los artículos 460, 465 del Código de Procedimiento Civil, 669, 977, 982 y 900 del Código Civil, por falta de aplicación, a virtud de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

En el desenvolvimiento del cargo, la censura le achaca al Tribunal haber desacertado en la estimación de los medios de convicción siguientes: a) Escrituras Públicas números 6.269 de 24 de noviembre de 1961 de la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá; 4.478 de 24 de agosto de 1962; 5.151 de 26 de octubre de 1964; 1.802 de 6 de mayo de 1983; 9265 de 28 de diciembre de 1969; 6.665 de 1º de diciembre de 1962 de la Notaría Cuarta de Bogotá; 3.736 de 22 de agosto de 1972; 7.738 de 26 de diciembre de 1974; y, 836 de marzo de 1980; b) copias de las sentencias de 5 de mayo de 1966 del Juzgado Civil Municipal de Puerto López; de 9 de febrero de 1967 del Tribunal Superior de Villavicencio, dictado en el orden reivindicatorio de Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas contra Alfonso Mendoza Moreno; y, de 18 de febrero de 1974, proferida por la Corte al decidir el recurso extraordinario de revisión de Alfonso Mendoza Moreno y otra contra Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas;

c) copia de la actuación de la querrela policiva por ocupación de hecho, de María Teresa Arciniegas contra Héctor Rodríguez Torres y otro; d) dictámenes periciales de los doctores Omar Pinzón Vélez y Luis Gonzalo Velandia, expertos del Instituto Agustín Codazzi, de los doctores Francisco Parodi Dávila y José Manuel Acosta rendidos en el recurso extraordinario de revisión, y de Hernando Triana y Miguel Villamil, rendido en el proceso especial de deslinde; e) copia de las planchas números 267-11 D y 267 IV B del Instituto Agustín Codazzi y vista aérea número C.1558-023 vuelo enero 17/75 folios 248, 249 y 250 Cuaderno 1 y ampliación aerofotográfica, con los datos y explicaciones del folio 3 Cuaderno 6 remitidos por el Instituto Geográfico; f) copia de la diligencia de indagatoria rendida por Jorge Luz Rojas el 14 de abril de 1971 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López; g) copia de la diligencia de inspección judicial practicada el 3 de septiembre de 1978 por el Juez 16 de Instrucción Criminal, contentiva de la transacción de la línea divisoria referente a los predios Santa Isabel y Hato Viejo de los Mangos; h) diligencias de interrogatorio de parte de María Teresa Arciniegas de Caicedo; i) diligencias de entrega realizadas por el Juzgado Civil Municipal de Puerto López y 26 de Instrucción Criminal de 25 de junio de 1969 y 17 de marzo de 1977, atinentes al predio Santa Isabel; j) testimonios rendidos por Patrocino Moreno, Antonio José Gómez R., Héctor René León R., Daniel Antonio León P., Martín Rosas P., Juan Manuel León y Pedro Humberto Arciniegas R.

En seguida el recurrente señala que con los títulos enunciados en la letra a) se acredita que los litigantes son los propietarios de los predios Santa Isabel y Hato Viejo de los Mangos y delimitan por los costados sur y norte en la forma como en ellas se indica, salvo la alteración que hizo la demanda María Teresa Arciniegas.

Luego la censura expresa que el Tribunal, con excepción de las Escrituras Públicas números 1.802 y 9.265, apreció los demás títulos mencionados y, con estribo en éstos consideró que en ellos sólo se menciona por el costado sur las tierras de Severiano González, sin que por el Occidente exista prueba de que el predio Santa Isabel limite con predios de el Gran Chaparral; empero el *ad quem*, al omitir los títulos 1.802 y 9.265, no vio la actualización del lindero de la finca Santa Isabel por el costado sur, que se hizo siguiendo los lineamientos generales del fallo de la Corte con que se decidió el recurso de revisión, aunque es verdad que las escrituras no señalan que la finca Santa Isabel limite por el Occidente con tierras del Gran Chaparral, pero tampoco de ella se desprende que esta finca se encuentra en el costado occidental del inmueble Santa Isabel, fuera de que por dicho costado no se ha presentado controversia, ni al proceso se incorporó título alguno atinente a la hacienda el Gran Chaparral, por lo que existe error de hecho al dar el Tribunal por establecido dicha circunstancia, fuera de que las escrituras tenidas en cuenta por el sentenciador señalan el caño Buenaventura como límite occidental de la finca Santa Isabel. Por tanto, añade el recurrente si el Tribunal hubiera examinado los títulos en lo que textualmente dicen en el punto que señala el lindero sur de la finca Santa Isabel y Norte de Hato Viejo de los Mangos habría llegado a la conclusión de que se trata de una línea recta que parte de la carretera de penetración que de Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas del Guayuriba, en sentido oriente-occidente, hasta el caño Yacuana o Buenaventura, sin

que importe "las cercas del Gran Chaparral, por ser completamente ajenas al debate".

Continuando con el desarrollo del cargo expresa la censura que el Tribunal, al afirmar que el opositor al deslinde no aportó las pruebas pertinentes para el buen suceso de sus pretensiones y que los peritos explicaron "la forma en que apareció el guarismo, comete yerro de *facto*, porque sí se aportó la prueba para reconocer 'la línea fijada en la demanda ordinaria de oposición'. Por demás, con la copia de la sentencia dictada por la Corte el 18 de febrero de 1974 y con las copias de otras actuaciones procesales que se señalaron al comienzo, que el fallador no apreció, se demuestra que en el lindero sur de la finca Santa Isabel y Norte de la finca Hato Viejo no aparecía un guarismo de 1.790 metros, sino que el verdadero lindero norte del último predio delimita con propiedad que fuera de Isabel Corredor, que según los peritos es la misma finca Santa Isabel. Agrega la censura que la Corte, al haber aceptado los dictámenes de los peritos Francisco Parodi Dávila, José Manuel Acosta, Omar Pinzón y Gonzalo Velandia, quedó establecido que el 'lindero norte está constituido por una cerca de alambre de púas, con postes de madera, partiendo de la carretera que de La Loma conduce a Mata de Yuca, dirección oriente a occidente, hasta el caño Yacuana y que es el lindero sur de Santa Isabel, y en extensión de 1.720 metros'. Tampoco apreció el *ad quem* el dictamen de los peritos del Instituto Agustín Codazzi, al expresar los expertos, con referencia al costado occidental de la finca Santa Isabel, 'que se identificó con Pablo Valencia de por medio caño Yacuana o Buenaventura, en una extensión de 3.220 metros'" lo que pone de presente que la línea divisoria de los predios sí tenía que ver con este caño.

Así mismo, incurrió en error de hecho el Tribunal al tener en cuenta, para determinar la línea divisoria, el dictamen rendido por los peritos Miguel Villamil y Fernando Triana, siendo que carecía de fundamentación y por demás de inexactitudes y equivocaciones, como quiera que no tuvieron en cuenta los títulos, no determinaron la medida correspondiente al lindero occidental del predio Santa Isabel, para poder establecer en qué lugar y distancia tocaba con la hacienda el Gran Chaparral, es inexacto, porque la extensión de 1.700 metros, no la registran los títulos sino los dictámenes rendidos por los peritos del Instituto Agustín Codazzi y los doctores Parodi Dávila y Acosta Sarmiento, ni explican con qué fundamento resolvieron hacer una desviación o quiebre a partir de los 800 metros tomando una dirección y rumbo diferentes a los que se deducen de los títulos que indican una sola línea que se prolonga "desde el punto sobre la carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca hasta el caño Yacuana o Buenaventura".

Luego, de otras críticas formuladas al dictamen rendido por los peritos Miguel Villamil y Hernando Triana, por cuanto conceptuaron al puro cálculo y con menosprecio de los títulos, expresa la censura que el Tribunal no examinó la aerofotografía ampliada y el plano calcado, ni tampoco vio el Tribunal la actuación cumplida en la querrela de policía, ni las diligencias de entrega, ni los testimonios señalados al comienzo, ni la confesión de la propia actora en el proceso de deslinde, ni la declaración de Jorge Luz Rojas.

El recurrente remata el cargo así: “Con todos estos medios de prueba allegados legalmente al proceso, quedó establecido en forma clara y patente que la línea divisoria de los predios ‘Hato Viejo de los Mangos’ y ‘Santa Isabel’ en el lindero norte del primero y sur del segundo, estaba constituida por una cerca de alambre de púas que partía en línea recta de la carretera de penetración que de La Balsa conduce a Mata de Yuca o Bocas del Guayuriba en sentido oriente-occidente hasta llegar al caño Yacuana o Buenaventura y que el dominio y posesión lo ha ejercitado el demandante, con justo título y agregando a la suya la que tuvieron sus antecesores en el dominio, lo que no utilizó el fallador como elementos de estudio para fijar correctamente la línea divisoria pretendida, por haberlas omitido o dejado de apreciar en todo su contenido”.

SE CONSIDERA .

1º Como quedó visto, el Tribunal en la Sentencia impugnada fijó el deslinde en la forma como quedó indicado en la diligencia de 28 de julio de 1983, lo cual significa que hizo actuar las normas que tienen que ver con la demarcación.

2º *Constituye una grave falla técnica, que la Corte oficiosamente no puede corregir, dado el carácter formalista y dispositivo del recurso extraordinario, no acertar el censor en el señalamiento del verdadero quebranto de la ley sustancial.*

Precisamente en el punto tiene sentado la doctrina de la Corte que, “la ley brinda a las partes la posibilidad de impugnar una sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior, a través de causales expresas, separadas y claras, y la Corporación sólo puede entrar a juzgar de esa sentencia dentro de los estrictos límites que le trace el impugnante y en el preciso campo en que se reclame su intervención... De allí que se haya llegado a sostener que no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, 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”. (Cas. Civ. de 26 de agosto de 1969 CXXXI, Págs. 183 y 184; 19 de julio de 1983, aún no publicada).

3º El Tribunal, al fijar la línea divisoria, hizo actuar las normas sustanciales que tienen que ver con el deslinde, lo cual se traduce que en forma alguna pudo quebrantarlas en el sentido que le señala la censura.

Por tanto, se rechaza el cargo,

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 23 de julio de 1985, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

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

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

MORA DEL DEUDOR

Indemnización de perjuicios.

Regla general: la mora debitoria requiere de la solemnidad de la reconvención judicial. Se exceptúan los casos señalados en los ordinales 1º y 2º del artículo 1608 del Código Civil. La demanda ordinaria de resolución o cumplimiento del contrato no puede hacer las veces de reconvención judicial. Sólo a partir de la reconvención el deudor queda en mora y, por ende, obligado a pagar perjuicios al acreedor.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 21 de junio de 1986.

Decídese el *recurso de casación* interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de' 17 de septiembre de 1985, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario adelantado por Héctor Rojas Baquero contra Roberto Matallana.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 3 de marzo de 1983, que por reparcimiento le correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio, solicitó el mencionado demandante que con audiencia del referido demandado se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

- a) Declarar resuelto el contrato de compraventa de un automotor, celebrado entre los litigantes el 22 de diciembre de 1980;
- b) Condenar al demandado a restituirle al demandante, con corrección monetaria, el valor del precio recibido por aquél;
- c) Ordenar al demandado "que reciba" el automotor que vendió;

d) Condenar al demandado al pago de los perjuicios ocasionados al demandante, por no haberle entregado los documentos necesarios para matricular el automotor en las oficinas de tránsito y transportes;

e) Condenar al demandado al pago de las costas del proceso.

II. El demandante refiere como elementos de hecho de sus pretensiones, los siguientes:

a) El 22 de diciembre de 1980, Héctor Julio Rojas Baquero compró a Roberto Matallana, por la suma de \$ 589.874.00, una camioneta marca Kiamaster, modelo 1980, color verde;

b) El precio lo pagó el comprador Héctor Julio Rojas "en el curso de un año", mediante pagos efectuados, según recibos expedidos el 22 de diciembre de 1980, 22 de enero, 17 de febrero, 23 de marzo, 22 de junio, 22 de septiembre y 22 de diciembre de 1981;

c) Al comprador Héctor Julio Rojas no le fue entregado el manifiesto de Aduana y, por demás, no coincide la numeración del motor y chasis con los del "certificado de venta", lo que determinó que no se pudiera matricular el vehículo y darle el uso adecuado, con perjuicio para el adquirente.

III. El demandado respondió en el sentido de aceptar algunos hechos, aclarando que el demandante "entregó unos cheques que resultaron impagados".

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 11 de septiembre de 1984, por la cual se absolvió al demandado de las súplicas formuladas en su contra, lo que dio origen a que el demandante interpusiera contra tal resolución el recurso de apelación, habiendo culminado el segundo grado con fallo de 17 de septiembre de 1985, revocatorio del proferido por el *a quo*, decretando en su lugar la resolución y restituciones consiguientes, pero negando la condena por perjuicios.

V. Inconforme el demandante con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Referidos por el *ad quem* los antecedentes del litigio, se ocupa en seguida de la pretensión de resolución del contrato de compraventa, la que encuentra procedente por haberse establecido en el proceso que el demandante pagó el precio convenido.

Empero, respecto de la reclamación de perjuicios, con fundamento en el artículo 1615 del Código Civil, expresa el Tribunal que el deudor demandado debió ser constituido en mora, mediante requerimiento, lo que aquí no aconteció, pues la demanda no hace las veces de reconvención judicial.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera y por vía directa, los que se estudiarán conjuntamente por su conexidad.

Cargo primero.

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 1615 del Código Civil, por aplicación indebida; 1546 y 1882 del Código Civil, por falta de aplicación.

Expresa la censura que la ley faculta al comprador para pedir, en frente de su vendedor incumplido, la resolución del contrato con indemnización de perjuicios (Arts. 1546 y 1882 del Código Civil), sin que en tal evento, para reclamar estos últimos deba aquél constituir en mora a su deudor vendedor, por lo que el Tribunal, por la "errónea interpretación que hizo del artículo 1615 del Código Civil", quebrantó las otras normas, que no establecen la necesidad del requerimiento al vendedor para constituirlo en mora, para la procedencia de reclamo de perjuicios.

También infringió el Tribunal, añade el recurrente, el artículo 1546 del Código Civil, que no establece la necesidad del requerimiento para la reclamación de perjuicios.

Cargo segundo.

Por esta denuncia violación del artículo 1882 del Código Civil, por aplicación indebida.

Lo explica sobre el aserto de que si bien el sentenciador de segundo grado afirmó que el artículo 1882 del Código Civil habilita para solicitar, por incumplimiento de "una de las partes, la 'resolución con indemnización de perjuicios, tras de hacer esta precisión correcta del alcance de la ley, el Tribunal volvió sobre sus pasos y enrumbó por el camino de negar la indemnización que estas predicaba', so pretexto que ésta requería la constitución en mora al deudor, mediante requerimiento, siendo que éste sólo se precisa en los casos que la ley así lo dispone, como en el arrendamiento, 'o en aquéllas que la exigibilidad de la obligación no deviene de la ley misma; no se entiende cómo puede errarse en la *interpretación* del artículo 1882'".

Cargo tercero.

Lo hace consistir en infracción del artículo 1546 del Código Civil, por interpretación errónea.

Lo desarrolla sobre la afirmación de que el "Tribunal estudió y aplicó correctamente el artículo 1546 concediendo la resolución impetrada, pero falló en la negativa de condenar al pago de perjuicios", al considerar

que la reclamación de perjuicios necesitaba de la constitución en mora al deudor, mediante previo requerimiento judicial, por lo que el *ad quem* desacertó en la interpretación del mencionado precepto.

SE CONSIDERA

1. *Fuera de algunas deficiencias técnicas que se registran en los cargos, es oportuno sentar algunas precisiones respecto de los requisitos de la indemnización de perjuicios, concretamente, de la mora del deudor, como quiera que en ella se centra la totalidad de la acusación al fallo del Tribunal.*

2. *Según la ley, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones positivas (de dar y de hacer) o, desde el momento de la contravención, si la obligación es negativa (de no hacer), pues así lo establece expresamente el artículo 1615 del Código Civil, cuando preceptúa que se “debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”.*

3. *Al tenor del artículo 1608 del Código Civil y en consideración a los alcances o efectos de la mora, se sienta la regla general de que el deudor queda constituido en mora a partir de la reconvención judicial hecha por el acreedor al deudor para que cumpla con sus obligaciones, regla que sólo tiene las excepciones señaladas en los ordinales 1º y 2º del mencionado precepto, o sea, cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término pactado, salvo que la ley exija requerirlo (Art. 2007 del C. C.), y cuando la obligación no haya podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin cumplir.*

4. *No tratándose de los casos de excepción mencionados en los ordinales 1º y 2º del artículo 1608 del Código Civil, en los demás, que es la regla general, la mora debitoria requiere de la solemnidad de la reconvención judicial, como quiera que el texto del artículo que se viene analizando establece en el ordinal 3º que el deudor queda en mora, “en los demás casos”, cuando ha sido “judicialmente reconvenido por el acreedor”.*

5. *La reconvención judicial, se ha sostenido insistentemente por la jurisprudencia de la Corte, que se requiere, cuando no se trate de las excepciones contempladas por la ley, no queda cumplida con la demanda ordinaria de resolución o cumplimiento del contrato, sino con la solicitud previa que ante Juez formula el acreedor a fin de que el deudor pague o cumpla una obligación que es exigible, petición ésta orientada a fijar el momento en que el deudor queda en mora y, por ende, obligado a pagar perjuicios al acreedor, que desde ese mismo momento empezará a sufrirlos (Cas. Civ. de 19 de mayo de 1928, XXXV, 276; 18 de agosto de 1954, LXXVIII, 342; 28 de febrero de 1959, Pág. 79; 21 de agosto de 1978, CLVIII, 128).*

6. Sobre los puntos precedentes ya se ha pronunciado la Corte en múltiples ocasiones, constituyendo uno de los más recientes el fallo de 21 de agosto de 1978, en el cual dijo:

“Ahora bien: conforme al artículo 1608 *ibidem*, por regla general el deudor no queda constituido en mora sino a partir de la reconvencción judicial hecha por el acreedor, regla que sólo tiene dos excepciones, consignadas en los ordinales 1º y 2º del texto legal. Tales excepciones son la de que se haya estipulado término para el pago y la de que la obligación no haya podido ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo útil. De consiguiente, tanto en el caso de que la obligación sea pura y simple, como en el de que sea condicional, el deudor no queda constituido en mora sino a partir del momento en que haya sido judicialmente reconvenido por su acreedor.

“Reconvencción judicial es la exigencia que, a solicitud del acreedor, hace el juez al deudor para que pague una obligación pura y simple o condicional cuya condición ya se ha cumplido. La reconvencción es necesaria para obligaciones de estas dos clases, porque da a conocer al deudor la voluntad del acreedor de que se le pague inmediatamente una obligación que ya es exigible y fija el momento en que el acreedor comenzará a sufrir perjuicios indemnizables”.

Y, más adelante precisó la Corte, en dicho fallo, que la demanda ordinaria no puede hacer las veces de reconvencción judicial.

7. Entonces, si el artículo 1615 del Código Civil preceptúa que la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora y, de otro lado, el artículo 1608 *ibidem* señala los casos de la mora debitoria, se tiene que al armonizar estos preceptos con los demás mencionados en la censura, no pudo quebrantarlos el *ad quem* en la forma planteada por el recurrente.

8. Por demás, en dos de los cargos se acusa un mismo precepto por aplicación indebida y por interpretación errónea, que implica una grave falla técnica en su formulación, que por sí solo sería suficiente para su rechazo.

9. Finalmente, advierte la Corte, que así los cargos no prosperen, la ausencia de reconvencción judicial, en los casos que se requiere como aquí acontece, porque no se trata de las excepciones de los ordinales 1º y 2º del artículo 1608 del Código Civil, la decisión adecuada a tomar hubiera sido el reconocimiento de un medio exceptivo.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 17 de septiembre de 1985, dictada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Sin costas en el recurso de casación.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

POSESION

Agregación o unión.

Para que la transferencia de la posesión a título singular dé lugar a la agregación de posesiones, se requiere un negocio traslativo como la compraventa, la permuta, la donación, negocios que en tratándose de inmuebles deben constar en escritura pública.

Con base en una promesa de compraventa no puede el promitente comprador sumar o agregar a la suya la posesión del promitente vendedor por cuanto el título constituido con la promesa es el de hacer y jamás el de trasladar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 26 de junio de 1986.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de julio de 1985, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso ordinario seguido por Efraín Ortiz Carvajal contra los herederos de Ignacio Perilla y otros.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, que por reparto correspondió al Segundo, Efraín Ortiz Carvajal demandó a la cónyuge sobreviviente y herederos de Ignacio Joaquín Perilla: Felisa Sánchez Vda. de Perilla, María Abigail del Carmen, Ana Erisilda o Erisinda del Carmen, Pedro Ignacio, Miguel Antero, José Luis Arcadio, María Cecilia del Carmen y Víctor Manuel Perilla Sánchez, a los herederos indeterminados de Marco Antonio Mendoza Perilla, y personas indeterminadas, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera. Que el demandante Efraín Ortiz Carvajal ha adquirido el dominio por prescripción adquisitiva de un lote de terreno denominado "Los Medios", ubicado en el Municipio de Agua de Dios, debidamente alinderado en el libelo incoativo.

Segunda. Ordenar la cancelación de los registros existentes a favor de los demandados en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Agua de Dios.

Tercera. A la condena a los demandados a las costas del proceso, en el evento de oponerse a las pretensiones.

La *causa petendi* la sustentó en los siguientes hechos:

Que la señora Mariquita Velandia Vda. de Perilla, por Escritura Pública número 2 de 3 de enero de 1942, transfirió a título de permuta a Ignacio Joaquín Perilla el lote de terreno denominado "Los Medios", debidamente alinderado.

Que el 16 de febrero de 1942 falleció en el Municipio de Tocaima, el señor Ignacio Joaquín Perilla dejando como herederos a su cónyuge sobreviviente y los hijos mencionados.

Que en la sucesión testada de Ignacio Joaquín Perilla el lote de terreno "Los Medios" no fue enlistado en los bienes de la sucesión y por ende no fue adjudicado.

Que por Escritura Pública 205 de 4 de abril de 1956 la cónyuge sobreviviente y los herederos vendieron a Marco Antonio Mendoza Perilla los derechos y acciones que le pudieran corresponder en la sucesión del esposo y padre, vinculados al lote denominado "Los Medios".

Que por Escritura Pública 139 de 29 de agosto de 1927 de la Unica de Tocaima Eduardo Cuenca dio en venta a Pedro Muñoz Díaz, un lote de terreno ubicado en el punto denominado "Los Medios".

Que por Escritura Pública número 624 de 23 de agosto de 1968 de la Notaría Unica de Agua de Dios, Pedro Muñoz Díaz dio en venta a Marco Antonio Mendoza Perilla un lote de terreno situado en el Municipio de Agua de Dios, sitio "Los Medios".

Que Marco Antonio Mendoza Perilla celebró el día 26 de noviembre de 1956 con Efraín Ortiz Carvajal un contrato de promesa de compra-venta sobre el lote de terreno denominado "Los Medios".

Que Marco Antonio Mendoza Perilla falleció el día 17 de agosto de 1981, sin haber hecho escritura de venta al prometiente comprador Efraín Ortiz Carvajal.

Que de la "revelación precedente se tiene que la cadena de títulos de los inmuebles, anterior a veinte años, es correcta en toda su extensión desde el año de 1927 y 1942, a la que el demandante une su propia posesión que data desde 1976".

Que todos los poseedores han tenido la relación de hecho sin violencia ni clandestinidad, amparados por el principio de la buena fe.

Con aceptación de la demanda se ordenó emplazar a los demandados en atención a que el actor manifestó ignorar el paradero de ellos, y cumplido el trámite pertinente se le nombró curador *ad litem*, quien contestó la demanda limitándose a manifestar que se atenía a lo que resultara probado en el proceso.

Al agotarse el trámite de la primera instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá pronunció, con fecha 9 de octubre de 1984, sentencia declarando el dominio en favor del demandante, con la orden de inscripción respectiva.

En atención a que los demandados fueron representados por curador *ad litem* se dispuso por el *a quo* la consulta, y el Tribunal Superior de Bogotá, después de atendido el trámite de la alzada, mediante sentencia de 29 de julio de 1985, revocó en todas sus partes el fallo consultado, denegando las súplicas de la demanda.

El demandante, no conforme con la decisión del Tribunal, interpuso el recurso de casación que procede la Corte a decidir.

MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Comienza el Tribunal con hacer un breve recuento de la actuación de primera instancia y sin mayores apreciaciones entra en el estudio de fondo del asunto planteado y con respaldo en citas de textos legales y doctrinales afirma que:

“En el evento sometido a estudio se encuentra que el demandante, según el documento aportado en fotocopia, prometió comprar a Marco Antonio Mendoza Perilla, y éste prometió vender, el lote de terreno denominado ‘Los Medios’, promesa de compraventa que data del 26 de noviembre de 1976 y que desde esa fecha hizo entrega de la posesión del mencionado bien al prometiente comprador.

“Como claramente se ve, y no aparece demostrado lo contrario, el actor no tiene, o mejor, al demandante no fue transferida la posesión de ese fundo conforme a las exigencias de la ley tal como se dejó expuesto anteriormente en esta providencia, resultando a la postre que la sola promesa de compraventa no es suficiente para el caso sometido a estudio, por cuanto en tratándose de la venta de la posesión sobre un bien raíz debe seguirse la preceptiva del artículo 1857 del Código Civil, en armonía con el 785 de la misma obra, ya que es bien sabido que la promesa de compraventa no es en sí un contrato, sino una mera expectativa (sic) para las partes, el cual sólo viene a perfeccionarse con la suscripción de la respectiva escritura pública.

“No existiendo en este caso pues, el contrato propiamente dicho, para que pueda aunarse al actor las diferentes posesiones de que habla la demanda, fácil es colegir que las peticiones de la demanda no pueden prosperar y en consecuencia la sentencia materia de la consulta debe revocarse en todas sus partes”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

En dos cargos, en el ámbito de la causal primera de casación, concreta su impugnación el recurrente, que serán estudiados en el mismo orden en que vienen planteados.

Cargo primero.

Se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, “por violación indirecta de los artículos 785, 759, 775, 1818, 789 y 2526 del Código Civil por aplicación indebida y artículos 762, 764, 765, 778 en concordancia con el 2521, 981, 2512, 2518, 2522, 2531 en concordancia con el 2527 y con el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, 2534 y 2535 del Código Civil por falta de aplicación”, debido a errores de hecho en la apreciación de las pruebas a saber:

1. De la promesa de compraventa suscrita entre Marco Antonio Mendoza Perilla y el demandante, en cuanto en dicho contrato se convino que “el prometiente vendedor, en el día de hoy hace entrega real y material poniendo en posesión del lote de tierra materia de este contrato al prometiente comprador, para que éste lo usufructúe hasta la fecha en que se otorgue la respectiva escritura de venta del inmueble aquí alinderado, sin que por ello, al *prometiente vendedor*, le asista derecho alguno para cobrarle arrendamiento o arrendamientos al *prometiente comprador* durante todo el tiempo que este último usufructúe el lote de tierra materia de esta promesa de compraventa, por cuanto que, para el otorgamiento legal de la respectiva escritura pública de venta del mencionado inmueble se hace necesario e indispensable por parte del *prometiente vendedor* que éste haya liquidado, registrado y protocolizado el respectivo juicio sucesorio adicional del causante Ignacio Joaquín Perilla y herederos de éste a fin de legalizar en forma jurídicamente satisfactoria el título de propiedad para el prometiente comprador, por motivo a que en la sucesión inicial del mencionado causante Ignacio Joaquín Perilla se omitió incluir en la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes relictos, parte del lote de tierra de que trata esta promesa de compraventa”.

2. De la Escritura Pública número 2 de 3 de enero de 1942 de la Notaría de Tocaima.

3. De la Escritura Pública número 29 de 7 de marzo de 1943 de la Notaría de Tocaima.

4. De la Escritura Pública número 205 de 4 de abril de 1956 de la Notaría de Tocaima.

5. De la Escritura Pública número 634 de 8 de noviembre de 1959 de la Notaría de Tocaima.

6. De las Escrituras Públicas números 139 de 29 de agosto de 1927 de la Notaría de Tocaima y 624 de 23 de agosto de 1968 de la Notaría de Agua de Dios.

7. De la constancia expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi sobre el englobamiento de dos lotes bajo el nombre de "Los Medios".

8. Del certificado de tradición expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Agua de Dios.

9. De la apreciación de la demanda en la que se plantea la posesión material del demandante.

10. De la diligencia de inspección judicial y de las declaraciones de José Ignacio Mendoza, Marco Emilio Góngora, Jesús María Sánchez, Eracilio Ramírez, Tomás Torres y José Ramírez en las que se aprecia la identificación del predio que se prescribe y en la declaración de la posesión de Mendoza Perilla y la continuación en el demandante.

Transcribe el censor pasajes de textos jurisprudenciales, referidos a la posesión inscrita, para concluir:

"Los mismos errores de facto relacionados en el cargo indujeron al sentenciador a pasar por alto y no percatarse de que lo que se da en el fundo 'Los Medios', en la extensión de 40 fanegadas, es una auténtica *posesión material* desde 1942 cuando Mariquita Velandia Vda. de Perilla vende a Ignacio Joaquín Perilla los derechos que puedan corresponderle en el predio, en su condición de cónyuge sobreviviente de Manuel Perilla y los derechos que puedan corresponderle por cualquier otro concepto, tal como se deja constancia en esa Escritura Pública número 2, de 1942, en la que se manifiesta expresamente que la vendedora entrega la posesión a Ignacio Joaquín. Fallece éste y a pesar de haber otorgado testamento, no dispuso de 'Los Medios', fundo que ni se relacionó en los inventarios de la mortuoria respectiva, ni se adjudicó a los herederos. Razón por la cual éstos venden a Marco Antonio Mendoza igualmente los derechos que les correspondieren en el predio 'Los Medios', en esa condición de herederos, dejando expresa constancia de que Marco Antonio 'se encuentra debidamente posesionado y ejerciendo actos de dominio en el terreno llamado Los Medios'. Finalmente Marco Antonio, transfiere los mismos derechos a Ortiz mediante promesa de contrato, en la que se deja *expresa constancia* de que le da *la posesión* de la finca".

SE CONSIDERA

1. *La llamada sucesión jurídica de posesión, que como es sabido consiste en la unión o incorporación de posesiones en cuanto el poseedor actual de un bien puede hacer suya, para todos los efectos legales, la relación de hecho mantenida por los antecesores, está reconocida en el ordenamiento civil en los artículos 778 y 2521 del Código Civil, como una fórmula benéfica de proyección del poder de hecho de las personas sobre las cosas.*

2. *La unión de posesiones puede derivarse bien por causa de muerte, a título universal, ora por acto entre vivos; precisamente en lo que concierne a la modalidad derivativa por acto entre vivos está la que nace de las declaraciones convergentes de voluntades para trasladar, por título*

idóneo, las prerrogativas surgidas de esa situación de hecho y de esa manera alcanzar, luego, el dominio por la usucapión. Significa lo anterior que el vínculo jurídico que se forme debe hacerse de acuerdo con la naturaleza del bien. En otras palabras, si se trata de un inmueble tiene que instrumentalizarse tal como lo indica el Código Civil para el acto respectivo, esto es, que si es compraventa, permuta, donación, etc., debe hacerse por escritura pública, bajo el designio traslativo que encierran estos negocios.

3. El reconocimiento que hace el artículo 778 del Código Civil de la unión o agregación de posesiones a título singular en armonía con el 2521 ibidem, es para lograr, entre otros fundamentos, la propiedad mediante la prescripción adquisitiva. Se parte de una noción: la posesión comienza con el sucesor, o sea que per se no se transfiere "a menos que quiera (el sucesor) añadir la de su antecesor a la suya", es decir, que para que tenga ocurrencia el fenómeno de la incorporación de esa condición fáctica se hace necesario: 1. Que exista un negocio jurídico traslativo entre sucesor y el antecesor que permita la creación de un vínculo sustancial, como compraventa, permuta, donación, aporte en sociedad, etc. 2. Que el antecesor o antecesores hayan sido poseedores del bien; y la cadena de posesiones sean ininterrumpidas; 3. Que se entregue el bien, de suerte que se entre a realizar los actos de señorío calificadorios de la posesión.

4. Ahora bien, por su particular relación con el asunto que se examina resulta conveniente reiterar el aspecto de título singular generador de la sucesión de posesiones, que no puede perfeccionarse y, por ende, producir los efectos de agregación, sin que se cumpla con las formalidades legales señaladas para el acto respectivo, es decir, por medio de público instrumento si se trata de la traslación del hecho de la posesión en inmuebles.

5. El recurrente le enrostra a la sentencia violaciones de las normas sustanciales mencionadas, en virtud de errores de hecho en la apreciación de las distintas escrituras públicas contentivas de actos de disposición de derechos sobre el lote denominado "Los Medios" y de la promesa de compraventa celebrada entre el demandante con el señor Marco Antonio Mendoza Perilla, particularmente de la cláusula que trata de la entrega del predio, porque para el censor es suficiente este negocio para dar cabida a la sucesión jurídica de la posesión de los antecesores en favor del actor prescribiente, bajo el entendimiento de que comenzó los actos directos de señorío en 1976, pero con la incorporación de los anteriores poseedores que se remonta a más de 20 años.

6. El Tribunal partió de la apreciación de la posesión en el demandante a partir del momento en que entró en relación directa de hecho con el inmueble, esto es, desde 1976, como resultado de la entrega cumplida por virtud de la promesa de compraventa. No reconoció el sentenciador ad quem la unión de posesiones porque el vínculo jurídico creado para generar esos efectos no tenía la fuerza sustancial necesaria para añadirlas con el propósito de usucapir.

La promesa de compraventa de un inmueble como se sabe genera obligación de hacer el negocio prometido, es decir, va más allá de la simple

expectativa como lo sostuvo el Tribunal; sólo que no es suficiente para transferir posesión alguna, aun cuando se diga en el contrato que se da la posesión. Esta comienza, si hay categórica voluntad de reconocer ese hecho en el prometiente vendedor, cuando se hace entrega y se realizan los actos de señorío, pero no se sucede al faltar la instrumentalización exigida, que se logra, ha de insistirse, cuando se celebra el negocio traslativo, como la compraventa. No basta entonces, que en una promesa de venta de inmuebles se exprese la voluntad de conceder la posesión y de transferir ese poder de hecho para que se opere el fenómeno jurídico de la unión de posesiones por cuanto el título constituido es el de hacer y jamás de trasladar. Ese propósito volitivo puede generar o derivar una posesión inmediata, si es inequívoca la declaración de las partes en ese sentido, empero no puede trascender ese ámbito negocial, para encadenar cualquier derecho o hecho anterior sobre el inmueble.

7. Y en la conclusión de rechazar la unión de posesiones estuvo acertado el Tribunal, lo que permite advertir que los agravios a los textos legales denunciados no se han dado, puesto que el tiempo para prescribir no se satisface en el proceso. La relación material reconocida sobre el predio sólo se alcanza en el demandante cuando lo recibe del prometiente vendedor, Mendoza Perilla, y no hacia atrás, por cuanto la promesa de compraventa no es título que otorgue la incorporación de posesiones sobre el inmueble. Se requería de una venta, con las voluntades convergentes de añadir las posesiones anteriores, que solamente podía perfeccionarse mediante escritura pública.

8. Corolario de todo lo dicho es que el sentenciador de segundo grado no infringió las normas sustanciales acusadas puesto que los errores de hecho que el casacionista le endilga al fallo no han tenido ocurrencia, ya que la apreciación del material probatorio, para sentar la conclusión de la falta del tiempo para la prescripción adquisitiva de dominio, está respaldada plenamente.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Las mismas normas sustanciales del cargo anterior las acusa el recurrente en éste, pero no por errores de hecho sino de derecho.

Para el censor cometió esta clase de yerro el Tribunal "por haber negado el mérito legal y el valor probatorio que la ley le atribuye a la prueba testimonial. En efecto, los testigos José Ignacio Mendoza, Marco Emilio Góngora, Jesús Sánchez, Eracilio Ramírez, Tomás Wenceslao Torres y José Baudelino Ramírez (Fols. 3 y ss. y 23 y ss., Cd. 2), relataron, en forma por demás creíble, cuanto les consta acerca de la posesión no sólo del demandante sino la de su antecesor Marco Antonio Mendoza, personas que se comportaron siempre como dueños de 'Los Medios', explotando económicamente el fundo, cultivándolo y levantando en él ganadería, en forma siempre autónoma, pública y pacífica".

También incurrió en error jurídico al desconocerle la eficacia probatoria a la inspección judicial y a la prueba pericial, con las que se identificó el inmueble y se estableció "una posesión antigua y cuidadosa del mismo".

Y como un tercer aspecto del error que le enrostra a la sentencia el recurrente lo agupa así: “desconocer eficacia probatoria a los siguientes documentos: a) escritura pública número 2 de enero 3 de 1942, de la Notaría de Tocaima (Fls. 2 y ss., Cd. 1); b) escritura pública número 29 de 7 de marzo de 1943, de la Notaría de Tocaima; c) escritura pública número 205 de 4 de abril de 1956 de la Notaría de Tocaima; d) escritura pública número 139 de 29 de agosto de 1927 de la Notaría de Tocaima; e) documentos que obran a los folios 31, 42 y 43 del cuaderno 1 y que son: constancia del Instituto Geográfico Agustín Codazzi...; f) certificados de la Oficina de Registro de Agua de Dios (Fls. 30 y 36, Cd. 1); g) la promesa de compraventa suscrita el 26 de noviembre de 1976, entre Marco Antonio Mendoza, prometiente vendedor, y Efraín Ortiz Carvajal...”.

Remata el cargo con estas consideraciones:

“El Tribunal desconoció el valor probatorio que la ley asigna a los mencionados medios probatorios, a la vez que el valor de todos los indicios que de los mencionados medios se desprenden.

“Al desconocer la eficacia probatoria de tales medios de convicción, el Tribunal quebrantó indirectamente, por error de derecho, las normas enumeradas en este cargo, con indudable trascendencia sobre la parte resolutive de la sentencia”.

SE CONSIDERA

1. El cargo adolece de fallas en el aspecto de la técnica, que impiden un estudio de fondo.

Los errores que el casacionista le enrostra al Tribunal son de derecho, es decir que si se ajusta al marco crítico del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil deben recaer sobre la contemplación jurídica de las pruebas en sus diversas direcciones de valoración, eficacia y producción. Sin embargo, en el desarrollo de la censura no se hace reparo alguno sobre el particular, ni las precisiones de rigor en casación, no obstante aducir desconocimiento del Tribunal del valor probatorio que la ley le asigna a los medios probatorios enunciados en el escrito de impugnación. Es decir, la fundamentación descansa en errores de hecho, como se hizo en el cargo primero, y no de derecho.

2. Por otra parte, no indica el censor los textos de linaje probatorio que resultaron infringidos por la actividad del juzgador *ad quem* en cuanto hace a fijar los alcances de las normas que gobiernan la disciplina probatoria y su incidencia en el fallo. Por eso, no es suficiente citar preceptos de rango demostrativo sin enjuiciar particularmente su influencia en la decisión.

Impróspero, por lo dicho, el cargo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia

y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 29 de julio de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por Efraín Ortiz Carvajal contra los herederos de Ignacio Perilla y otros. Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

ACCION REIVINDICATORIA

Propiedad y posesión.

Es propio de este linaje de procesos bien el enfrentamiento de títulos del reivindicante contra la mera posesión del demandado, ora de títulos de aquel contra títulos y posesión del opositor.

CASACION

Inconsonancia.

No se da en fallo absolutorio; ni en la falta de correspondencia entre la parte motiva y la dispositiva del fallo; ni por discrepancia entre lo probado y lo resuelto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 22 de julio de 1986.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 26 de julio de 1985, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario reivindicatorio adelantado por Inés Jaramillo de Mesa contra el Banco Central Hipotecario.

ANTECEDENTES

I. Ante el Juzgado Decimotercero Civil del Circuito de Medellín solicitó la mencionada demandante que con audiencia del referido demandado, se hiciesen los pronunciamientos principales o subsidiarios siguientes:

Principales:

Que se declare que la demandante "es titular del terreno descrito y alinderado en el hecho primero de la demanda" y, como consecuencia, "el Banco Central Hipotecario está obligado a restituir íntegramente la faja de terreno mencionada", sancionándolo con las costas del proceso.

Subsidiarias:

Que se declare que el Banco Central Hipotecario es responsable de los perjuicios materiales y morales causados a la demandante, "por haber confundido una faja de terreno de propiedad" de ésta "con el lote contiguo de propiedad" de aquél, "haciendo imposible actualmente su determinación", a más de que debe pagar las costas.

II. Los hechos constitutivos de la *causa petendi* pueden sintetizarse así:

a) Por escrituras públicas números 6.444 de 18 de octubre de 1974 y 1.588 de 4 de abril de 1977, ambas de la Notaría Quinta del Círculo de Medellín, la demandante adquirió de Amparo Uribe de Fajardo, Fanny Uribe de González y Daniel Mejía López, el derecho de dominio sobre un lote de terreno, situado en Medellín y determinado como se indica en el hecho primero de la demanda.

b) Por escritura pública número 7.365 del 6 de octubre de 1960 de la Notaría Cuarta del Círculo de Medellín, el Banco Central Hipotecario adquirió de la sociedad Explanaciones Mecánicas S. A. dos lotes de terreno, situados también en la ciudad de Medellín, el primero con una cabida de ciento noventa y ocho mil trescientos veinticinco varas cuadradas (198.325 V2) y, el segundo, con una cabida de cuarenta y cuatro mil doscientas treinta varas cuadradas con veintiuna centésimas de vara cuadrada (44.230.21 V2), delimitados como se indica en el hecho tercero de la demanda.

c) Por escritura pública número 3.330 de 5 de diciembre de 1974 de la Notaría Segunda del Círculo de Medellín, el Banco Central Hipotecario procedió "a hacer unas declaraciones de reloteo" con relación a la misma propiedad. Posteriormente, por escritura pública número 1.572 de 19 de abril de 1980 de la Notaría Sexta del Círculo de Medellín, el referido Banco procedió "a englobar nuevamente la propiedad", la cual quedó alinderada en la forma como se precisa en la letra "C" del hecho 3 de la demanda. Más adelante, por escritura pública número 2.286 de 4 de junio de 1980, también de la Notaría Sexta, el Banco "presentó reglamento de propiedad horizontal... correspondiente a la parte construida de la Urbanización Nueva Villa del Valle de Aburrá", sin que dicho reglamento aún comprenda "la faja en disputa".

d) En la escritura de adquisición del Banco, se pone de presente que el lote descrito en la letra "A", en uno de sus extremos, lindaba con la quebrada La Picacha.

e) A pesar de que el Banco Central Hipotecario reconoció como ajena la fracción de terreno que se controvierte, le promovió a la demandante un proceso posesorio, en el que se consideró al Banco como poseedor. En

dicho litigio se discutió la siguiente faja: "la porción se encuentra ubicada en la parte sur de los predios del Banco Central Hipotecario y se comprende por los siguientes linderos: 'por el costado Sur, con la canalización o avenida de la quebrada La Picacha; por el Oriente, con la carrera ochenta - ochenta y uno (80-81); por los otros dos costados Oriental y Norte, con terrenos que son de propiedad del Banco Central Hipotecario'".

f) El anterior inmueble "coincide totalmente... con la propiedad descrita en el hecho primero de esta demanda".

g) "La razón de la usurpación que ejerce el Banco Central Hipotecario es la siguiente: el límite de mi propiedad con el Banco, era la quebrada La Picacha, la cual tenía un cauce irregular y formaba una oruga o meandro perteneciente a mi propiedad y que hoy, es la faja en disputa. Posteriormente, el Departamento de Valorización del Municipio de Medellín, hace ya varios años, canalizó la mencionada quebrada y para tal efecto suprimió una oruga o meandro que formaba su cauce. La titulación que señalaba la quebrada La Picacha, como lindero de ambos predios, lógicamente es mucho más anterior a la canalización de la quebrada mencionada. Lo que nos lleva a concluir indefectiblemente que el lindero referido en los títulos alude cauce antiguo de la quebrada y no al artificial que señala la canalización. De lo anterior se colige que la disputa judicial se refiere a ese meandro que formaba la quebrada. El Banco Central Hipotecario pretende sostener que su predio debe extenderse hasta la canalización actual de la quebrada y no hasta su antiguo cauce".

III. El Banco demandado consignó su respuesta en el sentido de aceptar unos hechos, de infirmar otros, de oponerse a las súplicas de la demanda y de formular la excepción de prescripción, no sin antes expresar lo siguiente: a) el denominado "meandro de la quebrada La Picacha", según los planos aportados, se superpone sobre la misma carrera 80-81; b) el plano elaborado en 1977 por el Departamento Administrativo, que por ende es posterior a las escrituras de adquisición, trata de superponer el lote que pretende la demandante en un inmueble que desde hace más de 20 años es de propiedad del Banco; c) que ciertamente el Banco, por escritura pública número 7.365 de 6 de octubre de 1960 de la Notaría Cuarta de Medellín, adquirió, de la sociedad Explanaciones Mecánicas S. A., los lotes A y B de que trata el mencionado documento, y luego, por escrituras públicas números 3.330 de 5 de diciembre de 1974 y 1.572 de 19 de abril de 1980, procedió al reloteo y a la aclaración de linderos y desde 1960, procedió a realizar actos posesorios sobre el fundo compuesto por dos porciones (A y B), demoliendo viejas construcciones, vendiendo sus materiales, pagando las contribuciones de valorización, pago de impuesto predial, tasas de aseo, efectuando pagos por establecimiento de zonas verdes, explanaciones, rellenos, excavaciones, entibados, posturas de sumideros, llenos de cascajo, conexiones domiciliarias, interventoría, demoliciones, construcciones, etc.; d) que ha ejercido la posesión por más de 20 años; e) que el Banco como sus anteriores tradentes en el dominio, han tenido como lindero en uno de sus extremos, según consta en los títulos, "la avenida de la quebrada La Picacha"; f) que "en la parte en que las propiedades de Explanaciones Mecánicas S. A., lindaban con la quebrada La Picacha, ésta tenía una bolsa, meandro u oruga grande, y el camino

que en esa parte iba, cerca de la quebrada, para no darle la vuelta a dicha bolsa o meandro, cruzaba la quebrada, cortando la misma bolsa o meandro. Dicha bolsa, oruga o meandro se incluyó al venderse a Explanaciones Mecánicas S. A., desde 1945, posteriormente esta empresa al vender al Banco Central Hipotecario en 1960, incluyó la bolsa o meandro y sobre el lindero así determinado han ejercido la posesión y propiedad de titulares desde el año 1945 hasta la fecha actual en forma tranquila, pacífica e ininterrumpida, sin reconocer dominio a persona alguna"; g) que Inés Jaramillo de Mesa y Juan Esteban Mesa Saldarriaga, ante el despojo hecho por éstos de una porción de terreno de 3.500 mts.² pertenecientes al Banco, éste promovió contra aquéllos un proceso posesorio, favorable al Banco en primera y segunda instancia; h) que el Banco, como sus antecesores, ha tenido la propiedad y posesión del inmueble hasta la canalización de la quebrada La Picacha y, por ende, el meandro, bolsa u oruga nunca ha pertenecido ni ha tenido la posesión la demandante ni sus antecesores.

IV. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 6 de julio de 1984, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las súplicas principales y subsidiarias de la demanda.

V. Por apelación interpuesta por la parte demandante, se surtió la segunda instancia, la que culminó con fallo de 26 de julio de 1985, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso contra él el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitando procede la Corte a decidirlo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL Y SUS MOTIVACIONES

Relatados los antecedentes del litigio, el *ad quem* apoya su pronunciamiento en las apreciaciones siguientes:

A. Que el buen suceso de la acción reivindicatoria resulta de los siguientes elementos: 1. Derecho de dominio en el demandante; 2. Posesión material en el demandado; 3. Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y, 4. Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

B. Que la demandante, pretendiendo demostrar su señorío, adujo copia de las escrituras 6.444 de 18 de octubre de 1944 y 1.588 de 4 de abril de 1977, ambas de la Notaría Quinta del Círculo de Medellín, mediante las cuales Amparo Uribe de Fajardo, Fanny Uribe de González y Daniel Mejía López, dijeron venderle a la demandante "sus respectivos derechos vinculados a un inmueble situado en esta ciudad de Medellín, que linda 'por el Sur con la futura avenida izquierda de la quebrada La Picacha o Calle 31A en extensión de 44.14 mts', y por los demás costados con el borde del antiguo cauce de la quebrada La Picacha. En la primera escritura se lee: 'QUINTO. Que como el lote que se vende formaba parte de mayor extensión, como antes se expresó, al proyectarse la obra 203 por el Departamento de Valorización del Municipio se dividió en dos porciones, una de las cuales constituye la materia de esta compraventa. Con motivo

de esta división, el Banco Central Hipotecario pretende derechos sobre el inmueble a que se refiere esta compraventa, pese a la claridad del título de propiedad de las vendedoras. La compradora declara tener pleno conocimiento de esta situación, no obstante lo cual acepta la venta de los derechos y expresa (sic) a las vendedoras de la obligación de saneamiento, en el caso de que el Banco Central Hipotecario insista en sus pretensiones de propietario del inmueble al cual se vincula la venta de estos derechos'' (Fls. 21 y 22, Cuad. Ppal.).

C. Que la entidad demandada, al responder el hecho séptimo de la demanda, admitió ser poseedora material de la totalidad del inmueble desde 1960, comprendiendo "el meandro, bolsa u oruga" formada por el antiguo cause de la quebrada, por lo que ha quedado demostrada la identidad entre el bien pretendido en reivindicación y el poseído por el demandado, así como el presupuesto de la singularidad.

D. Que como el Banco ha alegado derecho de dominio sobre la fracción de terreno que aquí se reivindica, se impone estudiar los títulos incorporados oportunamente al proceso y, al efecto, con la escritura pública número 7.365 de 6 de octubre de 1960 de la Notaría Cuarta de Medellín, se pone de presente que el Banco adquirió de Explanaciones Mecánicas S. A. dos lotes de terreno situados en la urbanización La Castellana, cuyos linderos generales son: "Carrera 84, calle 32E, carrera 80-81 y entre ésta y aquélla la avenida de la quebrada 'La Picacha' ". Por demás, se adujeron copias de las escrituras números 9.369 de 15 de diciembre de 1954, de la Notaría Cuarta de Medellín, 1.763 de 27 de junio de 1944, 1.726 de 13 de julio de 1944, 4.777 de 30 de diciembre de 1946 y 393 de 17 de julio de 1948, todas de la Notaría Tercera de Medellín, de las cuales se desprende que Octavio Restrepo Uribe adquirió un lote de terreno situado en Medellín, fracción de Belén, por estos linderos "de un cerco de vallado que está al pie de la quebrada Picacha, se sigue por ésta hacia el norte... siendo de advertir que la quebrada La Picacha es el límite sur del inmueble". Por otra parte, la escritura número 3.330 de 5 de diciembre de 1974 de la Notaría Segunda de Medellín da cuenta de la conformación de 374 lotes integrantes de la urbanización La Castellana, como resultado de los trabajos realizados por el Banco sobre los lotes A y B que había adquirido desde 1960 de Explanaciones Mecánicas S. A.

E. Que siendo necesario determinar la época en que entró el demandado a poseer, "para que conjugado este hecho con la confrontación de los títulos se pueda establecer a cuál de los litigantes le asiste mejor derecho, ya que ambos aducen títulos comprensivos de la faja de terreno en litigio, se tiene lo siguiente: a) que con las copias del proceso posesorio que adelantó exitosamente el Banco contra Inés Jaramillo y Juan Esteban Mesa, se acredita que la demanda fue presentada el 2 de diciembre de 1977 y del fallo del *a quo*, confirmado por el *ad quem*, es preciso destacar que allí se dijo que la posesión del Banco 'se perpetúa desde el seis (6) de octubre de 1960' "; b) que de las pruebas trasladadas del proceso posesorio, 'el testimonio del arquitecto Alfonso Lalinde Mejía es bien dicente al afirmar que por los años 1960 a 1964 ejecutó obras por cuenta del Banco, consistentes en nivelación de tierras, alcantarillados, redes de acueducto,

etc.'. Igualmente sobre el punto aparece el testimonio de Antonio Torres Bedoya, quien dijo haberse desempeñado como celador diurno por un lapso de 6 años. A esto se suma el testimonio de Francisco Antonio Araujo, que como Gerente de una compañía constructora, aseveró que el Banco realizó todas las labores propias de urbanización en el terreno 'hasta la intersección de La Picacha con la avenida'; e) que del conjunto de pruebas trasladadas del proceso posesorio y de las providencias con que se desató el litigio, puede concluirse que el Banco, luego de adquirido el dominio del predio en 1960, 'empezó a ejercer actos posesorios sobre los lotes de terreno ubicados en el sector de La América, delimitado por el costado sur con la canalización o avenida de la quebrada La Picacha entre las carreras 80-81 y 84, habiendo realizado todas las obras propias de urbanización, situación de hecho que continuó durante varios años hasta 1977 cuando por un breve lapso los esposos Mesa Jaramillo despojaron al Banco, entraron a ejecutar actos también posesorios, los que cesaron en virtud de la sentencia favorable a las pretensiones de la entidad bancaria, logrando recuperar la faja discutida; d) que el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín informó que el 9 de junio de 1956 dictó la Resolución número 53, atinente a la construcción del canal de la quebrada La Picacha y que a raíz de la ejecución de esta obra adquirió, mediante escrituras otorgadas en los años 1956 y 1957, varias fajas de terreno para la canalización y rectificación, pero sin que estuviera en condiciones de precisar las fechas de iniciación y terminación de los trabajos, por lo que no existe prueba en el proceso sobre la época en que la quebrada La Picacha cambió de cauce, ni por ende cuando el 'meandro, bolsa u oruga' se confundió con el terreno contiguo perteneciente al Banco; empero, 'lo que sí se sabe con certeza es que para el año de 1972 ya se había rectificado el curso de la quebrada, pues así surge con mediana claridad del plano aerofotogramétrico escala 1: 2000 plancha 216' ''.

F. Que de los elementos de convicción, se sacan estas conclusiones: a) el título aducido por el Banco demandado se remonta al año de 1960 y, desde esa época tiene la posesión; b) la demandante exhibió "títulos de cuotas del año 1974 y el que la constituye en dueña de la totalidad del inmueble del año de 1977, pues el derecho de dominio se demuestra con el título registrado y no con el certificado del registrador (como parece entenderlo el apoderado, en orden a tener por demostrada la titularidad de los antecesores)"; c) que otras pruebas, no presentadas en la oportunidad legal, no pueden ser tenidas en cuenta.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cuarto de ellos por la causal segunda y los restantes por la primera, serán estudiados por la Corte en el orden lógico, o sea, con prioridad el atinente a yerro *in procedendo* y, luego los relativos a yerros *in iudicando*.

Cargo cuarto.

Por éste acusa la sentencia del Tribunal de "no estar en consonancia con las excepciones propuestas por el demandado".

En el desarrollo del cargo expresa el recurrente que “el demandado en su contestación de la demanda no alegó tener un mejor derecho sobre la demandante con fundamento en la tradición. La parte demandada se limitó a proponer excepción de prescripción, alegando haber adquirido el dominio por prescripción adquisitiva, pues agregó a la posesión suya la de su antecesor, sumando en total 35 años”.

Luego la censura se da a la tarea de insistir que la parte demandada propuso la excepción de prescripción sobre los presupuestos de hecho que se contienen en la réplica a la demanda, mas aconteció que el Tribunal confirmó el fallo del *a quo*, que despachó desfavorablemente las súplicas principales y subsidiarias de la demanda, “pero sin considerar las razones expuestas por la parte demandada para su defensa, ni la excepción de prescripción por ella alegada”.

Enseguida, la censura transcribe algunos pasajes de los fundamentos de los fallos con que se ultimaron las instancias, para destacar cómo se alejan “del medio de defensa propuesto, convirtiendo *motuo proprio* (sic) el debate en un pleito por establecer mejor derecho. Lo que tenía que establecer el Tribunal era si prosperaba la pretensión reivindicatoria de prescripción (sic) alegada, pues los presupuestos de la acción reivindicatoria estaban acreditados”.

Más adelante la censura reitera su planteamiento de que si el Tribunal hubiera sido consecuente en su fallo, habría concretado su labor a examinar si prosperaba o no la excepción, si era procedente o no sin existir demanda de reconvencción, pero lo que hizo fue analizar quién tenía mejor derecho, lo que no podía hacer de acuerdo con los extremos del litigio, por lo que el fallo se resiente de incongruencia, en la modalidad de *extrapetita*, según doctrina de los tratadistas y de la Corte, los que cita y transcribe.

SE CONSIDERA

1º *Consagra la ley como causal segunda de casación no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas por el demandado. Por consiguiente, la demanda y su contestación determinan el contenido de la controversia y, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, le señalan al sentenciador una pauta precisa y obligada para la decisión que ha de proferir. Es así como la incongruencia de un fallo, ha de buscarse mediante el proceso comparativo entre lo pedido por las partes y lo resuelto por el sentenciador, inconsonancia que se da cuando se ha decidido más de lo pedido, o se ha resuelto sobre puntos no sometidos al litigio, o cuando se omite fallar sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre los medios exceptivos propuestos por el demandado.*

2º *Cuando la sentencia pronunciada por el juzgador ad quem no es estimatoria sino, por el contrario, totalmente absolutoria, no puede ser impugnada con fundamento en la causal segunda de casación, como quiera que en este evento se provee sobre todos los extremos de la litis, o sea, no puede calificarse el fallo así pronunciado de carecer de armonía entre lo*

suplicado por las partes y lo decidido, pues no puede imputarse de ser ultra petita, extra petita o mínima petita. Por tal virtud, la Corte en numerosas sentencias ha dicho que "siendo absolutorio el fallo de instancia no es pertinente invocar contra él la causal de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes si ellas han sido negadas en su totalidad" (Cas. Civ. 23 de julio de 1945, LXI, 358; 30 de marzo de 1946, LX, 160; 25 de marzo de 1947, LXII, 96; 4 de mayo de 1949, LXXI, 428; 5 de diciembre de 1967, aún no publicada).

3º Por otra parte, cuando el fallo se pronuncia sobre todas las peticiones de la demanda y las resuelve desfavorablemente al demandante, la causal segunda de casación no se configura, porque como lo tiene declarado la doctrina de la Corte, "distinto de no decidir un extremo de la litis es resolver en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería inconcuente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones de las partes, lo que a todas luces es inaceptable" (Cas. Civ. 16 de diciembre de 1969, CXXXII, 234 y 235).

4º Fuera de las precisiones hechas, para el despacho del cargo, procede hacer estas otras: a) Si bien es cierto que el juzgador, para producir un fallo congruente, debe pronunciarse no sólo respecto de las pretensiones deducidas en la demanda sino también con relación a las excepciones formuladas u oficiosamente cuando así se lo permite la ley (Arts. 305 y 306 del C. de P. C.), no lo es menos que queda relevado de hacer pronunciamiento alguno de los medios exceptivos cuando se absuelve al demandado de las peticiones que en su contra formula el actor. "El estudio y decisión de las excepciones —ha dicho esta Corporación— no son pertinentes, por la regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción". (Gac. Jud. XLVII, pág. 616); b) También tiene declarado que la falta de congruencia se determina mediante la confrontación entre lo pedido y lo fallado, concretamente, debe buscarse entre las súplicas de la demanda y las excepciones propuestas con lo resuelto en la sentencia. Por tal virtud, "no es de recibo el cargo de inconsonancia cuando se fundamenta en la falta de correspondencia entre la parte motiva y la dispositiva del fallo, ni tampoco cuando se hace descansar en la falta de armonía entre ésta y la conclusión a que el sentenciador llega del análisis del haz probatorio; si estas discrepancias existen, podrán alegarse dentro de la causal primera de casación si con ellas se incurre en violación de la ley sustancial, pero no por la causal segunda, por no estar de acuerdo con la preceptiva legal que la consagra". (Cas. Civ. 18 de octubre de 1971, CXXXIX, 171).

5º Si como ocurre en el caso sub lite, el fallo, por una parte, resultó ser desfavorable respecto del demandante y, por ende, absolutorio para el demandado y, por otra, el recurrente lo ataca de inconsonante por no participar de las conclusiones a que llegó el sentenciador de segundo grado

y, además, por no haberse pronunciado sobre la excepción propuesta por la contraparte, claramente se pone de presente que el ataque en esas condiciones no se abre paso.

Se rechaza, pues, el cargo.

Cargo primero.

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 669, 673, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 752, 756, 759, 765, 946, 947, 950, 952, 961 y 966 del Código Civil, 180 y 187 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación: 962 y 972 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

comienza el recurrente por resumir las conclusiones a que llegó el Tribunal en el examen de las pruebas y de entrada le endilga yerro evidente de hecho, como quiera que omitió tener en cuenta prueba documental, pericial y testimonial.

En seguida la censura se da a la tarea de enunciar las pruebas preteridas, destacando las siguientes:

a) El plano de Medellín elaborado por el Instituto Agustín Codazzi, escala 1: 2000, con el cual se prueba que el Banco no tenía la posesión en el año de 1960, porque dicho documento fue levantado con base en aerofotos tomadas en 1969 y 1970, el cual exterioriza una línea curva que indica el cerco que separa las propiedades de los litigantes;

b) Las aerofotografías que exteriorizan el antiguo cauce de la quebrada La Picacha y la existencia de un cerco por donde corrió ésta;

c) Las Escrituras Públicas números 6.444 de 18 de octubre de 1974 de la Notaría Quinta de Medellín y 1.588 de 4 de abril de 1977 de la Notaría Cuarta de Medellín, así como el certificado de la Oficina de Registro número 001-0085166, respecto de las cuales dedujo el Tribunal que la demandante "exhibió títulos de cuotas del año 1974... y de la totalidad del inmueble del año 1977", añadiendo el *ad quem* que el derecho de dominio se acredita con "título registrado y nó con el certificado del registrador, porque aunque éste fuese cierto, debió aplicar las facultades oficiosas;

d) Las copias del proceso posesorio adelantado por el Banco contra Inés Jaramillo y Juan E. Mesa, donde aparecen las escrituras antes mencionadas, que ponen de presente el derecho de dominio de la demandante sobre el predio reivindicado;

e) El dictamen pericial rendido en el proceso, en donde los peritos afirman que el lote en litigio, según los documentos aportados, coincide con el descrito en el hecho primero de la demanda y con el meandro que formaba el antiguo cauce de la quebrada La Picacha, la que varió de curso por las obras realizadas por el Municipio de Medellín y tal predio se encuentra poseído por el Banco demandado;

f) El concepto o interpretación que hizo el doctor Julio César Rodríguez de las aerofotografías y fotografías, sobre la zona comprendida entre las calles 30A y 33, carreras 81 y 82 que explica que dentro del

terreno localizado a todo lo largo de la margen derecha del meandro o curva del cauce de la quebrada La Picacha no se encuentra separado lote alguno y que, según las fotografías, con la canalización ya desaparece el antiguo cauce de la mencionada quebrada, así como su curva o meandro, “pero su trazado se encontraba reemplazado por un cerco muy definido, con arbustos alinderados, el cual se ajustaba muy precisamente a lo largo del eje del antiguo cauce de la quebrada La Picacha. Este cerco encerraba con el norte de la placa de la canalización un terreno de forma circular, alargada hacia el Norte, el cual poseía un área aproximada de unos 3.300 metros cuadrados...”;

g) Las Escrituras Públicas números 9369 de 15 de diciembre de 1954, 1763 de 27 de junio de 1944, 1726 del 13 de julio de 1948, 4777 de 30 de diciembre de 1946 y 393 de 17 de julio de 1948, todas de la Notaría Tercera del Círculo de Medellín, con las cuales se establece que el Banco no ha sido dueño del predio que se reivindica, puesto que los antecesores en el dominio del Banco y el lindero a que aluden los títulos que se acaban de mencionar, es el antiguo cauce de la “quebrada La Picacha, por el costado sur” y no la “Avenida de la quebrada La Picacha”, lindero por el cual adquirió el Banco de la sociedad Explanaciones Mecánicas, S. A.;

h) El plano elaborado por el Departamento Administrativo de Valorización del Municipio de Medellín, en escala 1: 250, Plancha 203 49/4-22, de 2 y 3 de febrero de 1965, alusivo al antiguo cauce de la quebrada La Picacha con las carreras 80-81, que exterioriza con claridad el antiguo cauce, el artificial que se constituyó y la faja para la futura “Avenida Izquierda de la quebrada La Picacha”;

i) Los testimonios rendidos por Javier Román Arroyave, Iván Jaramillo, Jorge Emilio López García, Francisco Antonio Arango y Alfonso Lalinde, que ponen de presente que el Banco entró a poseer una faja de tierra ajena, aprovechando la coyuntura de haber sido canalizada la quebrada La Picacha.

De todo lo anterior, la recurrente, concluye: “Si el Tribunal de Medellín, hubiese examinado correctamente la prueba que se relaciona anteriormente en forma individualizada, se hubiera encontrado con lo siguiente:

a) Está debidamente probado el dominio en cabeza de la demandante, quien aduce títulos que comprenden la faja en disputa;

b) El Banco Central Hipotecario no aduce prueba alguna que lo acredite como dueño por el modo de la tradición de la faja en disputa;

c) Que los títulos aducidos por el Banco Central Hipotecario no comprenden la faja en disputa, y

d) Que el Banco no es poseedor de la faja en disputa, desde el año de 1960, sino que su posesión data de fecha muy posterior al año 1972”.

Cargo segundo.

Acúsase la sentencia del Tribunal de quebranto de los artículos 962, 972 del Código Civil, por aplicación indebida; de los artículos 669, 673,

740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 752, 756, 759, 765, 946, 947, 950, 952, 961 y 966, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la interpretación de la demanda.

Concreta la recurrente el ataque sobre el aserto de que el Tribunal, al señalar como fundamento de su fallo, que “se hace necesario precisar la época a la cual se remonta la posesión del demandado, para que conjugado este hecho con la confrontación de los títulos se pueda establecer a cuál de los litigantes le asiste mejor derecho, ya que ambos exhiben títulos atinentes a la porción de terreno en litigio, se tiene entonces que el *ad quem* ‘implícitamente consideró que en la demanda se había solicitado definir cuál de las partes tenía mejor derecho sobre la faja en disputa”, cuando ni en la *causa petendi* (hechos primero, segundo, tercero, séptimo, noveno y décimo), ni en las súplicas de la demanda aparece que se haya planteado quién tiene mejor derecho al predio, puesto que simplemente se planteó “una acción reivindicatoria del derecho de dominio del que se afirma ser titular la demandante y no de una disputa sobre quién tiene el mejor derecho, que es el fundamento íntegro del análisis del Tribunal de Medellín, sobre los extremos de la litis”, que lo llevó a desacertar en la interpretación de la demanda, y a quebrantar las normas enunciadas.

Cargo tercero.

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 673, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 752, 759, 756, 947, 950, 952, 961, 966, 2512, 2513, 2518, 2521, 778, 2524, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2534, 2535, 2538 del Código Civil, 1º de la Ley 50 de 1936; 194, 195, 197, 198 y 200 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación; 962 y 972 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de error de derecho cometido por el Tribunal en la apreciación de la contestación de la demanda.

Comienza la recurrente por expresar que el *ad quem* fundamenta su decisión, para negar la pretensión reivindicatoria, en estas razones, entre otras:

“a) Se hace necesario precisar la época a la cual se remonta la posesión del demandado, para que conjugado este hecho con la confrontación de los títulos se pueda establecer a cuál de los dos litigantes le asiste mejor derecho, ya que ambos aducen títulos comprensivos de la faja de terreno en litigio”;

“b) Del conjunto probatorio trasladado a este proceso y de las providencias que definieron el litigio, puede concluirse que el Banco Central Hipotecario después de haber adquirido del dominio a fines del año de 1960”;

“c) El título aducido por la entidad demandada data del año 1960, así mismo la posesión se remonta a esa época”.

En seguida la recurrente expresa que el Tribunal, según la transcripción precedente, se funda para su decisión “en el reconocimiento del

dominio por vía de la tradición, para la entidad demandada sobre la faja en discordia, con lo cual incurre en ostensible error de derecho en la apreciación de la contestación de la demanda, pues no se le otorga valor a la confesión contenida en ella, cuando el mismo Gerente del Banco Central Hipotecario confiesa no ser dueño por tal vía, afirma ser poseedor y propone en consecuencia la excepción de prescripción, adquisición que ni siquiera afirmó por vía de contrademanda”.

A continuación, la recurrente destaca y transcribe el pasaje de la contestación de la demanda en donde el Banco demandado alega la excepción de prescripción, de lo cual deduce la censura que allí se confiesa:

a) Que la quebrada La Picacha era el límite de la propiedad antigua;

b) Que dicha quebrada formaba una bolsa o meandro que comprende la porción de terreno que se reivindica, y

c) Que el Banco es poseedor de esa fracción de terreno y alega haberla adquirido por prescripción.

Finalmente expresa la recurrente, con cita y transcripción de una sentencia de la Corte, que en los procesos reivindicatorios, cuando el demandado alega el mencionado medio exceptivo confiesa no sólo la posesión material de la cosa reivindicada, sino la identidad del bien y que no es posible comparar dos titulaciones coexistentes cuando se trata de bienes raíces distintos.

De lo anterior, concluye la recurrente:

“En la contestación de la demanda se confiesa que no es dueño por el modo tradición y se pretende serlo por el modo prescripción, sin embargo el Tribunal la interpreta con tremendo *error de derecho*, pues *no considera* la confesión en tal sentido y le reconoce un derecho derivado del modo tradición. El error de *hecho* es protuberante”. (Subraya la Sala).

Cargo quinto.

En este último cargo acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 946 del Código Civil, por interpretación errónea; 947, 950, 952, 961, 966, 669, 673, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 752, 756 y 759 del Código Civil, por falta de aplicación; y, 762 y 972, por aplicación indebida.

En el desarrollo del cargo, la recurrente sienta las apreciaciones siguientes:

a) Que si inicialmente el *ad quem* “interpreta adecuadamente el artículo 946 del Código Civil” al señalar los elementos que configuran la reivindicación, “luego se desvía” para agregarle otro requisito que no consagra el mencionado precepto, al considerar el Tribunal que para la prosperidad de la reivindicación debe el demandante “exhibir titularidad anterior a la posesión del demandado”, con lo cual le da un alcance

e interpretación equivocada, puesto que tal exigencia no la “contempla la norma en comento”.

“Este yerro hermenéutico del Tribunal de Medellín —añade la censura—, tiene una incidencia definitiva en su fallo, pues lo lleva a investigar quién exhibe una titulación más antigua y a despreciar la presencia de los presupuestos para la procedencia de la reivindicación que están debidamente acreditados en el proceso”.

Luego la censura indica cómo aparecen demostrados los presupuestos singularidad, posesión, identidad y respecto del dominio expresa que “quedaría faltando... , que en opinión del Tribunal está acreditado, sólo que se introduce en una discusión de saber quién tiene un mejor derecho... , precisamente por haber errado en la interpretación del artículo 946 del Código Civil... La prescripción no habría prosperado como medio exceptivo, pues, además de no existir contrademanda, hay pruebas documentales y científicas que señalan que el Banco Central Hipotecario no era poseedor antes del año de 1972”.

SE CONSIDERA

1. *La reivindicación o acción de dominio, como lo enseña el artículo 946 del Código Civil, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla. De donde se sigue que su procedencia se encuentra forzosamente subordinada a la demostración de los elementos que la configuran, que según las normas que la disciplinan y la invariable doctrina de la Corporación, se concretan a los siguientes: a) derecho de dominio en el demandante; b) posesión material en el demandado; c) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y, d) identidad entre la cosa que pretende el actor y la poseída por el opositor.*

2. *Según lo antes expresado, la prosperidad de la acción reivindicatoria supone en el demandante la calidad jurídica de propietario, condición ésta que debe demostrar frente al demandado poseedor. Y la razón de ser de tal carga probatoria estriba en que debe aniquilar la presunción legal que protege al poseedor, pues siendo la posesión la más vigorosa y ostensible manifestación del dominio, la ley predica que quien se encuentre en esa particular situación se le considera dueño mientras otro no justifique serlo (art. 762 del C. C.). Por consiguiente, entre tanto el demandante no desvirtúe el hecho presumido, el demandado en reivindicación continuará protegido y gozando de la ventajosa posición en que lo coloca la ley de tenerlo en principio como dueño de la cosa perseguida.*

Precisamente, la jurisprudencia tiene sentado en el punto que “la posesión material, producto de una situación estable, por lo mismo que engendra en favor del poseedor la presunción de dueño merece la protección de la ley. Por eso al reivindicante, a quien corresponde demostrar su derecho de dominio, le compete hacerlo de tal manera que su título desvirtúe la presunción legal que favorece al poseedor y por esto tal título debe abarcar un período más amplio que el de la posesión” (Cas. Civ. de 9 de julio de 1937, 308; 30 de abril de 1963. CIII, 18).

3. *Continuando con el desarrollo del primer postulado para el buen suceso de la acción de dominio, o sea, el derecho del dominio en el demandante en la cosa que reivindica, se puede dar en el proceso una de estas dos hipótesis: títulos del reivindicante contra mera posesión del demandado; o, títulos del reivindicante contra títulos y posesión del demandado.*

4. *En el campo de la primera hipótesis, se ha sostenido por la jurisprudencia, que viene reiterándose hace más de medio siglo, que el título de señorío que aduzca el demandante respecto de la cosa que reivindica debe tener una existencia precedente a la posesión ejercida por el reo o demandado, porque en su defecto la pretensión reivindicatoria está llamada a su fracaso, como quiera que el actor no ha destruido la presunción de dominio juris tantum que protege al poseedor. (Cas. Civ. de 17 de noviembre de 1931, 338; 26 de febrero de 1936, 339; 30 de abril de 1937, 738; 18 de mayo de 1940, 308; 2 de abril de 1941, 169; 13 de mayo de 1942, 60; 22 de septiembre de 1943, 146; 18 de agosto de 1948, 717; 7 de mayo de 1952, 68; 6 de mayo de 1953, 35; 6 de marzo de 1956, 385; 5 de junio de 1957, 360; 18 de junio de 1958, 191; 30 de abril de 1963, 18; 26 de junio de 1964, 378; 11 de junio de 1965, 147; 6 de octubre de 1969, 15; 2 de diciembre de 1970, 119; 14 de diciembre de 1977; 8 de noviembre de 1978, 291; 25 de junio de 1981, 2 de abril de 1984 y 25 de abril de 1985, aún no publicadas).*

5. *En lo que concierne con la segunda hipótesis, o sea, que el demandado le enfrenta al demandante, títulos y posesión, el juzgador, para decidir el litigio, se ve en la necesidad de confrontar la titulación y definir cuál de ellas debe prevalecer, pues cuando así sucede, dice la jurisprudencia que "trábase por este aspecto un debate que el juzgador debe soltar, dando la preferencia a aquél de los litigantes que resulte investido de titularidad prevaleciente sobre la aportada por su contrario (Cas. Civ. de 18 de septiembre de 1968, 318).*

6. *De suerte que no es extraño sino propio en este linaje de procesos que en torno del derecho de dominio que alega el demandante se ofrezcan las hipótesis mencionadas, como tampoco resulta ajeno a la controversia, contra lo que cree la recurrente, que el juzgador, al desatar con sentencia el litigio, se vea obligado a analizar esas particulares situaciones, bien de enfrentamiento de títulos del reivindicante contra la mera posesión del demandado, ora de títulos de aquél contra títulos y posesión del opositor.*

7. Y menos razón le asiste —a la impugnante— en una de las censuras cuando afirma que el *ad quem* desacertó en la interpretación del artículo 946 del Código Civil al sostener el juzgador que le correspondía al demandante, para la prosperidad de su pretensión reivindicatoria, aducir un título de señorío de existencia anterior a la iniciación de la posesión del demandado, porque este precepto no fue aplicado, como se verá luego, sino el artículo 762 del mismo estatuto, que presume al poseedor ser dueño de la cosa mientras otro no justifique serlo. Por ende, tampoco es cierto que el sentenciador de segundo grado, al haber dicho lo que dijo en el punto, le hubiese agregado a los presupuestos axiológicos de la acción reivindicatoria otro más de los tradicionales señalados por la doctrina de la Corte para la prosperidad de la reivindicación.

8. No tiene mérito alguno, para desquiciar la conclusión y decisión a que llegó el Tribunal en el sentido de rechazar la pretensión de la demandante y absolver al demandado de las súplicas de la demanda, a pesar de los numerosos reparos que se formulan en los cargos montados por la causal primera, porque en el debate se pone de manifiesto que la posesión del Banco demandado se inició con antelación a la titulación aducida por la demandante, pues si ésta aportó títulos que datan de 1974 y 1977, la posesión del opositor, cuando menos, data de 1972, según se desprende de la prueba testimonial, y de la misma manifestación de la recurrente cuando no elude en afirmar que el Banco "no era poseedor antes del año de 1972".

9. Siendo así las cosas, era supérfluo analizar la situación exhibida por el Banco, por lo que cualquier yerro en que pudiera haber incurrido el Tribunal, en el examen de la misma y en otras pruebas, es intrascendente.

10. De otro lado, sin fundamento legal alguno aparece la acusación que le formula la censura al fallo del *ad quem* de infringir, por inaplicación, un conjunto de normas atinentes a la excepción de prescripción, porque al haberse pronunciado un fallo absolutorio para el demandado, no tenía el sentenciador por qué decidir sobre el referido medio exceptivo y, por tanto, no le era posible aplicar los preceptos sustanciales señalados por la censura sobre el particular.

11. Fuera de la improsperidad de los cargos por lo antes dicho, tampoco se abren paso por ofrecer algunas graves deficiencias técnicas, que pasan a compendiarse así: a) Endilgarle, respecto de la misma prueba, error de derecho y de hecho al Tribunal, siendo que son yerros diferentes e irreconciliables. Esto acontece en el cargo segundo; b) Dejar de indicar como infringido por el Tribunal el artículo 946 del Código Civil, que por tratarse el litigio de una pretensión reivindicatoria, es fundamental para la integración de la proposición jurídica completa. Esta falla la exterioriza el cargo tercero; c) Denunciar en el cargo quinto como quebrantado, por interpretación errónea el artículo 946, siendo que al despachar desfavorablemente la pretensión reivindicatoria no aplicó el Tribunal el mencionado precepto y, por ende, no pudo desacertar en su interpretación, como quiera que la interpretación errónea sólo puede darse cuando el sentenciador aplica el precepto pero no le concede el alcance que rectamente tiene.

Basta estas deficiencias técnicas para concluir que los cargos que las contienen son inanes.

RESOLUCIÓN :

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 26 de julio de 1985, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

COMPRAVENTA MERCANTIL

Preceptiva del artículo 915 del Código de Comercio.

Acciones que la ley señala ante la inejecución o el cumplimiento defectuoso o tardío del contrato y las defensas que tiene el demandado frente a ellas, entre las que se cuenta la de “contrato no cumplido”. Alegar insanidad de lo entregado es excepción cuyos hechos constitutivos debe probar el demandado, pues no constituye la excepción de contrato no cumplido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de octubre de 1985, proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario de M. R. de Inversiones Ltda. frente a Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. “Coagrometa Ltda.”.

I. EL LITIGIO

Por medio de procurador judicial la sociedad M. R. de Inversiones Ltda., demandó a la Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. “Coagrometa Ltda.” para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

“a) Que entre la sociedad M. R. de Inversiones Ltda. y la Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. “Coagrometa Ltda.”, se realizó un contrato de compraventa de semilla de arroz certificada, METICA 1, con un peso neto de 106.000 kilos, en cuatro instalamentos o despachos, por 13.600, 26.400, 30.000 y 36.000 kilos, con fechas septiembre 15, 19, 22 y 28 de 1983, por las sumas de \$ 500.480, \$ 971.520, \$ 1.100.000 y \$ 1.424.160,

respectivamente, para un valor total de \$ 3.996.160, con vencimientos, en su orden, para los días 15, 19, 22 y 28 de noviembre de 1983, según y como aparece en las facturas cambiarias de compraventa números 0266, 0267, 0268 y 0271, facturas estas que fueron remitidas por la sociedad productora y vendedora, M. R. de Inversiones Ltda., a la sociedad compradora, Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. 'Coagrometa Ltda.', con los correspondientes despachos o semillas enajenadas y que no fueron ni devueltas, aceptadas ni pagadas, hasta la fecha, por la segunda a la primera, ni en su original ni en sus copias.

“b) Que como consecuencia de la declaración precedente se condene a pagar a la sociedad incumplida y compradora, Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. 'Coagrometa Ltda.', en favor de la sociedad vendedora, M. R. de Inversiones Ltda., dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia respectiva, en la ciudad de Villavicencio o, en su defecto, en la ciudad de Bogotá, el valor de las semillas de arroz enajenadas, junto con los intereses moratorios o sancionatorios a la tasa del 3% mensual, los que se tendrán como la indemnización moratoria, según el siguiente detalle:

“1. \$ 500.480 y el 3% mensual desde el día 15 de noviembre de 1983.

“2. \$ 971.520 y el 3 % mensual desde el día 19 de noviembre de 1983.

“3. \$ 1.100.000 y el 3% mensual desde el día 22 de noviembre de 1983.

“4. \$ 1.424.160 y el 3% mensual desde el día 28 de noviembre de 1983.

“c) Que se condene en costas a la sociedad demandada, Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. 'Coagrometa Ltda.'”.

Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, expuso el actor los siguientes:

Que la sociedad demandante se encuentra registrada en el Instituto Colombiano Agropecuario —ICA— como productora de semillas certificadas de arroz y sorgo.

Que la sociedad demandada “por télex 104 del 23 de agosto de 1983, confirmó la negociación telefónica celebrada con la sociedad M. R. de Inversiones Ltda., para adquirir de ésta 2.000 bultos, cada uno de 50 kilos, de semilla de arroz certificada, variedad METICA 1, en las mismas condiciones de un contrato precedente”.

Que la compraventa “se plasmó en la orden de compra número 168, de fecha 14 de abril de 1983, emitida por la Cooperativa”.

Que la Cooperativa reiteró la compra por telegrama dirigido a la sociedad vendedora el día 5 de septiembre de 1983, que confirmó la operación mediante marconograma del 6 siguiente.

Que la vendedora realizó los despachos del producto vendido a la Cooperativa en cuatro camiones, el primero de los cuales salió y fue confirmado por telegrama de 14 de septiembre de 1983, el segundo fue anunciado por télex de fecha 19 de septiembre de 1983, el tercero informado por télex del 23 de septiembre de 1983 y el cuarto y último, anotado

según telegrama del 29 de septiembre de 1983, para un total de 2.150 bultos de 50 kilos cada uno.

Que la Cooperativa compradora confirmó “por télex del 21 de septiembre de 1983, dirigido a la sociedad vendedora, el arribo de los dos primeros embarques y, posteriormente, telefónicamente el recibo de los dos últimos envíos o remesas”.

Que la sociedad vendedora envió junto con los embarques las correspondientes facturas cambiarias de compraventa, las que fueron recibidas por la sociedad compradora, según las respectivas relaciones.

Que al mismo tiempo del envío de la semilla de arroz certificada variedad METICA 1, la vendedora remitió a la Cooperativa 128 bultos de 50 kilos cada uno de semilla variedad ORYZICA 1, negociados paralelamente, que se documentó en la factura compraventa de 15 de septiembre de 1983 y que fuera cancelada oportunamente.

Que las partes contratantes llevaron a cabo “una conferencia-exposición sobre la semilla de arroz enajenada”.

Que el día 9 de noviembre de 1983, la sociedad compradora, en télex de esa fecha “expresó a la sociedad vendedora que la semilla enajenada tenía problemas de germinación y solicitó su colaboración. La sociedad, en télex de la misma fecha, dio respuesta a la Cooperativa y manifestó su extrañeza por la información recibida”.

Que en comunicación de 9 de noviembre la demandante se dirigió a la Cooperativa informándole “que el señor Jorge Durán Carrera, en su representación, atendería lo relativo a la información contenida en el télex número 029 y, posteriormente, la sociedad tomaría la determinación del caso” y que la Cooperativa en télex del 10 siguiente comunicó a la vendedora “sobre eventuales problemas de las semillas enajenadas” y que por nota de 17 de noviembre de 1983 dirigida a la Cooperativa la demandante fijó su posición requiriendo el pago de las facturas.

Que el Instituto Colombiano Agropecuario —ICA— Regional Bucaramanga “certificó con fechas septiembre 20 y septiembre 26 de 1983, en los 10 documentos que se agregan como pruebas, sobre la calidad e idoneidad de las semillas enajenadas por la sociedad vendedora a la Cooperativa compradora, con base en la identificación de todos y cada uno de los lotes remitidos por la productora vendedora a la Cooperativa compradora. En ellos aparecen los números de los marbetes que corresponden a las semillas enajenadas, referidos a la variedad METICA 1, al igual que la fecha del análisis de humedad y de germinación”.

Que la Cooperativa en telegrama de 21 de noviembre de 1983, “solicitó a la sociedad una documentación para efectos de someter por y ante su Consejo de Administración la presunta reclamación de ésta, comunicación que fue respondida por la sociedad con misiva del 24 siguiente en la que descalificó la dicha reclamación, reiteró el pago de las facturas relacionadas y remitió los documentos pedidos”.

Que la Cooperativa “en carta G-375, fechada el 28 de noviembre de 1983, dirigida a la sociedad vendedora, dio respuesta a la carta de ésta,

la datada el 17 de noviembre de 1983, manifestando que se abstendría de cancelar las facturas detalladas por cuanto las semillas recibidas no cumplían con los requisitos del caso y habían sido puestas fuera de comercio por el ICA”.

Que la Cooperativa en telegrama de 9 de diciembre de 1983 ratificó lo dicho en su carta 375 e “informó que la semilla de marras había entrado en proceso de descomposición por el ICA, información última que corroboró en su oficio SA-398 de la misma fecha, dirigido a la sociedad”, posición que reiteró en oficio 006 del 12 de enero de 1984 y solicitó el retiro de las semillas de sus bodegas.

Contestó la demanda la Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. “Coagrometa Ltda.”, oponiéndose a las pretensiones, con aceptación de unos hechos y con rechazo de otros.

Así mismo la demandada propuso la excepción de contrato no cumplido, consistente en que “una de las principales obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, tanto de índole comercial como civil, es entregar la cosa en el lugar convenido, *sin vicios o defectos* que la hagan impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato o convención.

“En el presente caso toda la semilla de arroz METICA 1 y ORYZCA 1, puesta por el demandante a disposición de Agrometa en las bodegas de Almacén en Villavicencio, dio una calidad que la hizo inaprovechable en su totalidad para el fin previsto en la convención y para su natural destinación, y aun para cualquier otro uso, puesto que conforme al análisis del ICA Regional 8 de Villavicencio, que es la entidad que controla el uso de las semillas y autoriza su utilización, resultó de un porcentaje de germinación inaceptable, prohibiendo en consecuencia su empleo y decomisándola.

“Este es un vicio oculto de la cosa sólo detectable por la autoridad competente como es el ICA previo análisis técnico especializado de laboratorio y por consiguiente ignorado por el comprador sin su culpa y del cual se informó al vendedor tan pronto fue conocido por el comprador y no ha sido subsanado hasta la fecha, o sea que el vendedor está en mora de cumplir esta obligación, lo que releva a la otra parte, el comprador, de cumplir la obligación correlativa de pagar el precio. En efecto el artículo 1609 del Código Civil dice: ‘... En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos’. La obligación incumplida del vendedor está prevista en el artículo 934 del Código de Comercio y en el 1915 del Código Civil.

“De otra parte la obligación del vendedor era de entregar una semilla fresca y de alto porcentaje de germinación, apta para mantenerse depositada durante algún tiempo, el necesario para redistribuirla entre los clientes de Coagrometa, y luego ser sembrada en condiciones recomendables. O sea, se trataba de una semilla garantizada”.

Igualmente formuló Coagrometa Ltda. la excepción de prescripción y la “genérica”, sin mayores precisiones sobre el particular.

Después de agotada la primera instancia, el Juzgado del conocimiento, que lo fue por reparto el Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, profirió sentencia de 20 de febrero de 1985, con la declaración de no encontrar probadas las excepciones propuestas, de la celebración del contrato de compraventa de semilla, METICA 1, de 106.000 kilos, por un valor total de \$ 3.996.160.00, con la condena al pago de los instalamentos así: “La suma de \$ 500.480.00 y el 3% mensual desde el día 15 de noviembre de 1983.

“La suma de \$ 971.520.00, y el 3% mensual desde el día 19 de noviembre de 1983.

“La suma de \$ 1.100.000.00 y el 3% mensual desde el día 22 de noviembre de 1983.

“La suma de \$ 1.424.260.00 y el 3% mensual desde el día 28 de noviembre de 1983. Se aclara, que el porcentaje mensual citado se refiere a los intereses”. Por último, impuso la condena en costas a la sociedad demandada.

Inconforme la Cooperativa demandada interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Villavicencio, que por sentencia de 16 de octubre de 1985, confirmó en todas sus partes el fallo del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, con costas a cargo del recurrente.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Inicia el Tribunal el estudio de la sentencia del *a quo*, con una visión general de los antecedentes del proceso, para sostener que no se advierte defecto alguno en la actuación, lo que amerita desatar el recurso de apelación.

Entre las primeras consideraciones destaca el Tribunal que algunos de los extremos de la controversia no habían sido objeto de cuestionamiento “como la existencia del contrato de compraventa ajustado entre actora y demandada, el objeto del mismo, la cuantificación del objeto y el precio unitario de la mercancía vendida” por lo que “resulta de evidencia deslumbradora que el tema a decidir no es otro que el de establecer si la demandante, M. R. de Inversiones Ltda., logró demostrar plenamente en el curso del proceso los presupuestos fácticos de su pretensión principal” o, “si por el contrario, salió avante la excepción de fondo de contrato no cumplido alegada en tiempo por el apoderado de la recurrente”.

Con unas breves reflexiones sobre la excepción en comento, afirma que “es claro que corresponde al demandado probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Cuando el demandado en lugar de atacar el fondo del derecho ejercitado mediante la alegación de hechos impositivos o extintivos que traten de enervarla, opta simplemente por negar el derecho alegado por el demandante, recae sobre éste la carga de la prueba por presentar la defensa forma negativa absoluta”. Y con mención de autor extranjero prosigue: “No hay, en cambio, excepción en sentido propio cuando el demandado poniendo en

ejercicio una actividad de carácter puramente defensional, no contrapone propias razones a las puestas en fundamento de la demanda, sino que deduce solamente que no se han verificado o que no hay posibilidad de que se verifiquen todos los elementos de la hipótesis puestos en fundamento de la demanda, elementos que representan las condiciones para hacer que se le reconozca al actor el derecho cuya actuación pide, en tal caso el demandado, poniendo de relieve el defecto de los elementos constitutivos de la demanda, hace ya lo que de oficio hubiese podido hacer el Juez, y por lo tanto su declaración no es una excepción, sino una simple defensa”.

Para el Tribunal “más que una excepción es más bien una defensa la propuesta del demandado o excepción en sentido impropio ya que contra la regla general de la carga de la prueba, al demandado le basta alegarla”. Adentrándose en las obligaciones de los contratantes, precisa que el demandante “al hacer entrega a su demandada en las bodegas de Almacenar en Villavicencio la semilla objeto del contrato de compraventa, cumplió con la primera y principal obligación de todo vendedor cual es la de transmitir la propiedad de lo que es materia u objeto del contrato”. A continuación entra en comentarios sobre las distintas situaciones que se pueden desprender de la entrega de la cosa, de sus calidades y de los efectos regulados en el Código de Comercio.

Insiste en que el contrato de compraventa no se ha cuestionado en el proceso, en desarrollo del cual “la parte actora entregó a Almacenar, diputada por la demandada para recibir, los bienes relacionados y especificados en las facturas que se acompañaron al libelo demandatorio. Tampoco se ha discutido seriamente el valor de la mercancía y la forma de pago, pues estos extremos no sólo figuran en las facturas aludidas, sino que también fueron aceptados tanto en la contestación de la demanda, como al responder el demandado el interrogatorio de parte que rindió en la etapa de pruebas del proceso”.

Entonces, para el Tribunal el debate a la negativa de la entidad demandada a pagar el precio la apoya en el incumplimiento que le achaca al vendedor, relativo a que la semilla vendida no resultó de la calidad negociada y por lo tanto no servía para los fines para que fue comprada por no tener el grado mínimo de germinación exigido por el ICA para autorizar su comercialización. Alrededor del cumplimiento del contrato por parte de la sociedad vendedora, dice el sentenciador *ad quem* que demostró “mediante prueba documental de origen oficial su inscripción como productora de semillas certificadas de arroz y sorgo en su planta de beneficio de La Gloria, Departamento del Cesar, y para acreditar que los bultos de arroz negociados cumplían los requisitos mínimos impuestos por el ICA, hizo llegar al plenario la certificación que obra a folios 217 a 220 del cuaderno número uno, que da cuenta de los resultados de los análisis practicados por el servicio de Certificación de Semillas de la Regional Siete del ICA a los lotes de semilla números 351, 352, 353, 360, 361, 362, 363, 364 y 365, correspondientes a los despachados a Coagrometa, pruebas que arrojaron resultados favorables al productor, al establecer porcentajes de germinación sencillamente superiores a los mínimos que imponen la reglamentación oficial sobre la materia. Según las constancias en mención los

resultados de los análisis se conocieron entre el 20 y el 26 de septiembre de 1983”.

Insiste, luego el Tribunal sobre la calidad de la semilla vendida: “Lo primero que habrá de observarse en defensa del valor probatorio que se le debe conceder a los análisis practicados por la Regional de Bucaramanga, es que ellos debieron hacerse sobre muestras tomadas de los lotes despachados, y que por tanto la validez de tales dictámenes no puede depender de que para la fecha en que se dieron a conocer, la semilla todavía estuviera en Bucaramanga; tomadas las muestras, seguramente se autorizó el despacho de las semillas a Villavicencio previa entrega de los marbetes que debían ser colocados en la parte superior de cada bulto, siendo de observar que evidentemente no debieron ser entregados con resultados que no se habían obtenido, irregularidad que ciertamente no afecta el valor del dictamen, que según nota colocada al pie de cada marbete, se le debe solicitar al productor de la semilla, pues es a él a quien se le entrega. Afirmado el valor probatorio de las certificaciones allegadas por el actor, deberá admitirse que la semilla se malogró en poder del comprador, sin que valga contra ello que la semilla pueda estar almacenada hasta por seis meses, pues este es un plazo máximo y no mínimo que tanto favorece al demandado como al actor”.

Para el Tribunal las condiciones de almacenamiento de la semilla, humedad de la misma, etc., deben ser óptimas “datos estos que no se establecieron plenamente, pues el dictamen de los peritos que conceptuaron sobre las condiciones ofrecidas por Almacenar, se refiere a época posterior a aquélla en que estuvo depositada la semilla a Coagrometa. Aceptando que la cosa vendida con posterioridad a su entrega presentó vicios o defectos ocultos que hacen la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, para que el comprador pueda pedir la resolución del contrato, o negarse a su cumplimiento en el evento de que así se lo demande el vendedor, es necesario que demuestre que los vicios o defectos ocultos tuvieron causa anterior al contrato, circunstancia que tampoco demostró el demandado; por el contrario, habiéndose celebrado el contrato en el mes de agosto de 1983, el actor demostró que aun mucho después la semilla se encontraba en perfecto estado de conservación y plenamente apta para su natural destino. Como para que exista vicio oculto capaz de determinar la rescisión del contrato es necesario que el bien traidito lleve ya el germen del vicio o defecto y, además que dicho germen sea anterior al contrato, menester era que el demandado hubiese demostrado estos eventos si pretendía oponer a la demanda de cumplimiento instaurada por el actor, la excepción de contrato no cumplido derivada a (sic) los llamados vicios redhibitorios”.

Por último, afirma el Tribunal “Los intereses del 3% mensual fueron estipulados en las facturas allegadas como prueba del cumplimiento por parte del vendedor de su obligación de entregar lo que fue objeto del contrato. Es incontestable que en la factura cambiaria de compraventa intervienen dos partes, el comprador, que es quien acepta dicha factura y se convierte en obligado directo, y el vendedor, que es la persona a cuyo beneficio se extiende o firma la factura por el comprador, como también lo es que en las presentadas por el actor no aparece la firma del comprador,

defecto que quita a dichos documentos la calidad de títulos valores sin dejar por ello de ser útiles. En efecto, pueden servir como prueba de la existencia del contrato de compraventa en el cual se originó. Y como el inciso final del artículo 774 dice que el negocio jurídico que dio origen a la factura no pierde su validez, pese a no estarse en presencia de un título-valor, al discutir las condiciones del contrato se podrán aducir aquellos documentos. Muy probablemente el hecho de que el comprador no hubiera firmado las facturas elaboradas por M. R. de Inversiones, no obstante que en ellas existe constancia de recibo de las mercancías suscrito por la empleada encargada de dicho menester, fue lo que llevó a este contratante a optar por la vía ordinaria en lugar de la ejecutiva que autoriza cualquier título valor. Como en los documentos allegados por el actor consta que se estipularon intereses equivalentes al 3% mensual, hizo bien el *a quo* al decretarlos en esa cuantía, desde luego que esta estipulación jamás fue desconocida por la Cooperativa demandada”.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

En cuatro cargos enfila el recurrente su impugnación todos con apoyo en la causal primera de casación. Los dos primeros denuncian la totalidad de la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio y los restantes aspectos parciales de la misma. Por razones lógicas se estudiarán los cargos primero y segundo, conjuntamente, dada la relación existente entre ambos, y luego el tercero llamado a prosperar.

Cargo primero.

Se acusa la sentencia de 16 de octubre de 1985 proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio “porque, a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas que luego señalaré, infringió, por aplicación indebida, los artículos 822, 864, 870, 883, 884, 905, 923 y 947 del Código de Comercio; y 1494, 1495, 1602, 1608, 1849 y 1880 del Código Civil y quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, 915 del Código de Comercio y 1609 del Código Civil”.

El recurrente cuestiona un primer aspecto: “Como quiera que la sociedad vendedora no probó que, al momento de entregar en las bodegas de Almacenar en Villavicencio las semillas vendidas, éstas tuvieran el porcentaje de germinación que las hiciera aptas para su natural destinación, según la obligación que le impone el artículo 915 del Código de Comercio, ha debido acoger la excepción del contrato no cumplido”.

Sostiene el impugnador que en presencia de la doctrina vigente correspondía a la sociedad demandante, en virtud de la excepción propuesta, demostrar “no que al momento de celebrarse el contrato de compraventa de semillas o cuando estas fueron despachadas tenían la idoneidad requerida en cuanto al poder de germinación, sino que las semillas ostentaban tales calidades al momento de ser entregadas en Villavicencio, en las bode-

gas de Almacén, lugar determinado previamente por las partes para tal efecto”.

Vuelve el recurrente sobre el artículo 915 del Código de Comercio para reiterar el deber procesal de la parte actora de acreditar, con vista a impedir la prosperidad de la excepción, que al momento de la entrega de la semilla se encontraba completa, sana y salva “y no limitarse a demostrar, como lo aceptó el Tribunal, que esas condiciones o cualidades las tenían las semillas al celebrarse el contrato y al momento de ser despachadas de Bucaramanga rumbo a Villavicencio”. E insiste en este aspecto: la obligación de la sociedad vendedora no era la de “despachar” las semillas, sino la de “entregar” “que tuvieran la frescura y el alto poder de germinación, cualidades sin las cuales la Cooperativa no las hubiera comprado”.

Advierte el impugnador, además, que “de los análisis practicados por la Regional del ICA en Villavicencio a los pocos días de entregarse la semilla en los depósitos de Almacén, y las drásticas medidas de decomiso e incineración de este material, demuestran que la semilla no era idónea al momento de su entrega, pues para entonces no tenía los porcentajes mínimos de germinación exigidos para que pudiera ser comercializada”.

Para afirmar a continuación “Viene de lo expuesto la evidencia de que el *ad quem* erró al apreciar los documentos que obran a folios 217 a 220 del cuaderno 1º análisis de la regional 7 del ICA, como quiera que, no obstante ver que ellos sólo podían acreditar la idoneidad de las semillas para cuando fueron negociadas y acaso para cuando fueron despachadas con rumbo a Villavicencio, pero no para cuando fueron entregadas, con tales documentos dio por probado que M. R. de Inversiones, había cumplido sus obligaciones contractuales”.

Observa el recurrente que “aunque la parte demandada propuso la *exceptio non adimpleti contractus*, en ningún momento formuló demanda de reconvencción en que, basada en los vicios presentados por la semilla vendida, contrademandara la resolución del contrato o la rebaja del precio, como lo autoriza el artículo 934 del Código de Comercio. Por esto aparecen fuera de lugar las consideraciones que hace el Tribunal en torno a vicios redhibitorios y a las cargas probatorias que asume el comprador en la hipótesis contemplada por el artículo antecitado”.

Cargo segundo.

Con apoyo, también en la causal primera de casación, se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio “a consecuencia de errores de hecho, quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, 778 y 915 del Código de Comercio y 1609 del Código Civil y violó, por aplicación indebida los artículos 822, 864, 877, 883, 884, 905, 923 y 947 del Código de Comercio y 1494, 1495, 1602, 1608, 1849 y 1880 del Código Civil”.

Para el recurrente es evidente el error de hecho en que cayó el Tribunal “pues a pesar de estar plenamente demostrado en especial con la

inspección judicial decretada de oficio por el *a quo* (Fl. 242 del C. 1), que uno de los lotes de semilla que decomisó el ICA de Villavicencio, fue el *lote número 354* (folios 241 vto., 242 y 243), pruebas que pasó también por alto el Tribunal, éste, basado en las certificaciones expedidas por la regional del ICA en Bucaramanga, visibles a folios 217 a 220 *ibidem*, declaró que toda la semilla enviada por M. R. de Inversiones a Coagrometa era idónea, siendo que tanto los documentos de folios 217 a 220 del cuaderno 1º como los que se ven a folios 39 a 48 *ibidem*, no se refieren en lo más mínimo al *lote número 354*, sino sólo a los lotes 351, 352, 353, 359, 360, 361, 362, 363, 364 y 365. Por ir a la ligera, el fallador de segundo grado hizo decir a los documentos señalados lo que ellos no expresan, desde luego que no tocan para nada con el lote de semilla *número 354*. En tales circunstancias, es palmario que por error evidente suyo, el Tribunal declaró el cumplimiento del contrato por parte de la demandante y dejó de reconocer la excepción de contrato no cumplido. La vendedora no probó su obligación de entregar en Villavicencio semillas frescas con un alto poder de germinación, aptas para ser vendidas para siembras”.

Remata la impugnación: “Estando acreditada la *exceptio non adimpleti contractus*, el fallador de segunda instancia al condenar a la demandada aplicó indebidamente las normas del contrato de compraventa y las demás señaladas al principio de la censura y dejó de aplicar las que indican que el comprador no está en mora mientras el vendedor no cumpla sus obligaciones y las que le dan derecho a que si éste no prueba ese cumplimiento, se reconozca la excepción respectiva”.

SE CONSIDERA

Es evidente que todo contrato cumple una función práctica: satisfacer los fines de los contratantes cuando expresan sus voluntades y de acuerdo con la índole del negocio. Entonces, alrededor de esos propósitos se destacan las obligaciones principales que las partes asumen, encaminadas, ciertamente, a alcanzar el resultado querido o procurado.

La inexecución o el incumplimiento defectuoso o tardío de un contrato quebrantan esos designios negociales, de ahí que la ley señale remedios diferentes de conformidad con el indebido comportamiento de alguno de los contratantes, todos dentro de la efectividad de la movilización del aparato jurisdiccional del Estado, es decir, mediante las acciones que para cada caso señala y que no siempre son de la misma forma de instrumentalización. Unas pretenden el cumplimiento, otras la resolución, como perspectivas fundamentales de la posición que puede adoptar el contratante que sí ha atendido el contrato. Mas no son las únicas: puede ocurrir que otros factores determinen que el resultado no se satisfaga, como sucede cuando se trata de particulares vicios en la compraventa, la permuta, el arrendamiento. Y como correctivo legal se instituyen las acciones pertinentes de saneamiento bien de aniquilamiento del contrato o de rebaja del precio, ora de restitución del precio e indemnización de perjuicios. Pero, en todos los eventos, la voluntad protectora de la ley se enmarca en la búsqueda del equilibrio y satisfacción de los intereses contractuales.

Vale decir: de acuerdo con el papel que tengan en el desenvolvimiento del contrato las obligaciones, en su alteración y en su propia fisonomía,

se pueden identificar las acciones. Si se trata de un contrato de compra-venta la obligación principal del vendedor es la de entregar la cosa, pero además de la entrega está la de procurar el dominio y la posesión en el comprador y el aprovechamiento útil de la cosa. Cuando el vendedor desatiende esos deberes permite al comprador instar el cumplimiento o entrega o la resolución del contrato, y en ambos casos con indemnización de perjuicios (artículos 1546 y 1882 del Código Civil y 870 del Código de Comercio). Y si la cosa es evicta, esto es, que por sentencia judicial se declara que un tercero tiene un mejor derecho sobre la cosa, el comprador podrá pretender la restitución del precio, con indemnización de perjuicios (artículos 1904 y siguientes del Código Civil y 940-2 y 3 del Código de Comercio). O bien puede acontecer que la cosa no sirva para su normal uso o sólo sirva imperfectamente para lo cual el Código Civil estatuye la acción redhibitoria y la acción estimatoria o de rebaja del precio (artículo 1917 reiterado en el Código de Comercio en el artículo 934). Empero el ordenamiento mercantil va más allá en lo atinente a esas modalidades de garantía de la cosa en cuanto permite discutir, por los trámites de un procedimiento verbal sobre la calidad, cantidad y sanidad (artículos 914, 915, 916, 931, 939); o sobre el funcionamiento (artículo 934). Frente a esa amplia gama de remedios legales, puede moverse el comprador para optar por la que más convenga a sus intereses o propósitos.

Otro tanto sucede con el vendedor: si el comprador desatiende su obligación principal de pagar el precio puede escoger, ante la inejecución negocial, o el cumplimiento —pago del precio— o la resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios —artículos 1546 y 1930, 1935 del Código Civil y 870 del Código de Comercio— o la especial de restitución consagrada en el artículo 948 del Código de Comercio. Es decir, también encuentra el vendedor cumpliendo oportunidades para definir su posición frente a la inobtención de los resultados negociales.

Ahora bien: cuando cualquiera de los contratantes pretende alguno de los correctivos judiciales tiene que saber que la otra parte goza también de medios de defensa de variados órdenes, que no son del mismo linaje, entre los que se cuenta la excepción de contrato no cumplido, que no es otra cosa que la posibilidad que tiene un contratante de abstenerse de cumplir las obligaciones simultáneas a su cargo ante cualquier factor de alegación de insatisfacción de deberes negociales del otro. Por eso, la excepción mencionada juega un papel importante de defensa que gira alrededor de la relación de causalidad prestacional y de la recíproca dependencia de las obligaciones; no para aniquilar el contrato como aparentemente se puede creer sino para la suspensión provisoria de las prestaciones. Con estos criterios, entonces, la defensa en mención sólo puede darse en aquellos casos en que las obligaciones tienen un rango esencial en las obligaciones principales, o sea, las que sirven para conseguir el resultado típico del contrato y que estructuran las posiciones de cambio; esto es, no todas las obligaciones tienen el rango sustancial de permitir la excepción de contrato no cumplido.

Ante la presencia de otros factores de inexacto cumplimiento de un contrato, como ya se dijo, están reguladas determinadas acciones para pretender directamente la reclamación sin que estas confieran la posibilidad

de recurrir a la exceptio non adimpleti contractus, como una modalidad propia y pertinente; se puede excepcionar sobre las bases generales de este instituto, en cuanto suponen también un incumplimiento del contrato, pero no se puede confundir con aquélla puesto que la carga de la prueba sí le está reservada al que alegue la satisfacción imperfecta de la prestación, como puede suceder, por ejemplo, cuando se entrega la cosa, en una compraventa y luego se reclama sobre defectos de calidad o vicios intrínsecos en la misma, que obligan al que lo aduce a demostrarlos; mientras que la excepción de contrato no cumplido se ampara en los supuestos comunes de prueba del demandante que recaba el cumplimiento o la resolución.

Todas las precedentes reflexiones sirven para ubicar el asunto que se examina: el vendedor demanda que se declare la existencia de un contrato de compraventa —que para todos es conocido como comercial— y consiguientemente, la condena al pago de la prestación a cargo del comprador. Este, a su vez, plantea la excepción de contrato no cumplido, con alegación de defectos de naturaleza intrínseca en la semilla comprada. Y el Tribunal, apoyando al *a quo*, entiende que el actor demostró que cumplió con su obligación de entregar la semilla en el lugar convenido, sin defecto alguno en la semilla por cuanto tuvo de presente la certificación dada por el Instituto Agropecuario —ICA— de la Regional de Bucaramanga, sobre la calidad en las mismas, es decir, que el vendedor cumplió con todos sus compromisos negociales.

Sin embargo, el recurrente le enrostra a la sentencia errores evidentes de hecho en la apreciación de varias pruebas en cuanto el Tribunal no tuvo en cuenta que en la excepción de contrato no cumplido la carga de la prueba del cumplimiento correspondía al actor frente a la manifestación del demandado y que lo llevó, fundamentalmente, a quebrantar el artículo 915 del Código de Comercio por falta de aplicación, bajo el entendimiento que el deber del vendedor no sólo era el de entregar las semillas de arroz sino en estado de sanidad, lo que no hizo a satisfacción por no reunir las calidades convenidas para su germinación, hasta el extremo que el ICA ordenó el decomiso.

No hay duda que el demandado formuló la excepción de contrato no cumplido con apoyo en que las semillas adolecían de vicios redhibitorios. Es decir, concretó su posición procesal con unos perfiles definidos: no cumpla porque el vendedor no ha cumplido a plenitud con su prestación. De conformidad con lo expuesto, como marco conceptual previo en esta providencia: *la excepción de contrato no cumplido, para que pueda tener toda su aplicación y vigencia, debe ser vista enrededor de las prestaciones recíprocas y causales de los contratantes, esto es, entrega de la cosa y pago del precio, pero no frente al factor exceptivo propuesto de que las semillas padecían de vicios ocultos o redhibitorios que impedían el disfrute normal para lo que quería el comprador y satisfacer así el resultado típico y pleno del contrato, por cuanto la formulación, en esos términos, de la llamada excepción de contrato no cumplido no lo liberaba de la carga de la prueba que le incumbía: demostrar la existencia del vicio con las calidades previstas en el artículo 934 del Código de Comercio y no colocarse en la actitud pasiva de esperar que se acreditara lo contrario,*

puesto que al vendedor, en verdad, le competía verificar la entrega, la que está suficientemente reconocida dentro del proceso; y al comprador, si quería enervar los efectos de cumplimiento inmediato, comprobar la inexacta atención de la prestación para poderse abstener de cumplir, con la prestación a su cargo, porque los supuestos enunciados hacían imperiosa la prueba de la existencia de los vicios de naturaleza intrínseca. Y si el sentenciador ad quem se apoyó en que la entrega se hizo y que además en normales condiciones, no se le puede endilgar que se haya desviado de la recta aplicación de algunas normas sustanciales o la falta de aplicación de otras puesto que el propio demandado señaló el cauce de su defensa para lograr un pronunciamiento coincidente con su posición. Se limitó, pues, a aducir que la semilla no reunía las calidades de germinación requeridas, pero no demostró que al momento de la entrega y por causa anterior las semillas padecían de algún vicio oculto. Además, no estuvo desenfocado el Tribunal cuando se refirió a la carga de la prueba de los vicios redhibitorios, puesto que inequívocamente el demandado señaló ese campo particular de defensa.

En esas condiciones no podía el Tribunal violar el artículo 915 del Código de Comercio, por falta de aplicación, puesto que no entró en la actividad del juzgador de instancia, en los términos que arguye el recurrente.

Algo más: la tajante acusación del censor de la falta de aplicación del artículo 915 del Código de Comercio, sobre la cual hace demasiado énfasis en el cargo, obliga a la Corte a pronunciarse sobre los alcances de dicho precepto, en procura de saber que no hubo agravio alguno.

Como es obvio a todo comprador le interesa que las cosas que adquiere sirvan normalmente, esto es, que sean sanas, además completas y salvas; por eso se erige el citado precepto y las otras situaciones de similar contenido, no como modalidad derivada de los vicios redhibitorios, regulados en el artículo 934 ibidem, sino separada. Sin embargo, todos los casos regulados en el ordenamiento mercantil no tienen el desarrollo que pretende mostrar el impugnador de que basta con alegarlas, para abrirse camino, en la medida en que no se demuestre lo contrario. No. Parte el artículo citado de una consideración: se somete el contrato a una condición suspensiva para precisar esos factores de atención de manera que la cosa se entregue completa, sana y salva; empero para que la condición opere tiene en primer lugar que alegarse exceptivamente, como tal, y acreditarse; y si es el caso someter, si se opta por la acción, la diferencia al procedimiento verbal con intervención de peritos. Entonces, no basta con que se alegue que la entrega se hizo en desobedecimiento de las reglas del contrato, sino que debe ventilarse, en la forma indicada, la controversia. Y si la diferencia se pretende montar dentro de un proceso en que se discute la existencia del contrato y se pretende, por tanto, el pago de la prestación a cargo del comprador, la defensa que haga éste, con apoyo a la desatención del vendedor, en el ámbito del precepto en comento, tiene que ser probada por el que lo aduzca, puesto que la excepción de contrato no cumplido, como se dijo, no es de acogida en sentido estricto para esta clase de eventos. Le correspondía pues, al vendedor, como lo entendió el Tribunal, demostrar que entregó y al comprador que no se cumplieron a plenitud las condiciones de

sanidad convenidas. Si todo esto sucedió así, no pudo la sentencia violar dicho precepto, cuando, además, el juzgador tuvo de presente que la sanidad estaba más que verificada con la certificación de calidad expedida por un organismo del Estado, que como es sabido tiene el control del tráfico de esta clase de bienes de cultivo, sin existir contraevidencia en esa apreciación.

El recurrente pretende ampararse en la excepción de contrato no cumplido, formulada por la demandada, para no hacer un planteamiento que desarrolle una cuestión nueva sino que dentro de un marco general ubica el incumplimiento del vendedor. Sin embargo, la actividad desplegada por el juzgador se mueve en torno a la estructura primigenia de la defensa invocada, que indiscutiblemente gira en torno de la existencia de vicios redhibitorios en las semillas vendidas. Esto permite advertir, pues, que la impugnación construida en los dos primeros cargos, que conjuntamente se están estudiando, no puedan reflejar violación alguna de los textos sustanciales por error de hecho en la apreciación de las pruebas, puesto que el Tribunal dio por demostrado la entrega de la semilla, obligación principal del vendedor sin que el comprador acreditara la existencia o las calidades de los vicios ocultos alegados al momento de la entrega; por el contrario tuvo en cuenta que las semillas fueron enviadas precedidas de la certificación de calidad expedida por el ICA de la regional donde se envió, o sea, Bucaramanga que, a la vez, fueron las mismas recibidas por Almacén, diputada para hacerlo a nombre de la compradora.

Y en lo que atañe a un aspecto particular del segundo cargo sobre el lote de semilla número 354 que no mencionó el Tribunal entre los certificados por el ICA no tiene trascendencia alguna por cuanto la referencia hecha por el sentenciador de segundo grado va dirigida a decir que toda la semilla enviada por el vendedor cumplía, salvo prueba en contrario, con los supuestos de calidades exigidas por las autoridades públicas encargadas de precisar sobre el cumplimiento de las reglamentaciones existentes en la materia y que están contenidas en la certificación visible a los folios 217 a 220 del cuaderno uno. Si al plenario se hizo llegar el marbete del lote de semilla 354, en nada varía la conclusión del juzgador *ad quem* porque si no la mencionó en sus conclusiones y no obstante fue una de las verificadas en la inspección judicial como entregadas por el vendedor, en manera alguna se convierte en yerro fáctico puesto que apenas se convierte en un aspecto de certeza sobre la calidad de la semilla a falta de prueba que se le pueda contraponer.

No prosperan, entonces, los cargos.

Cargo tercero.

Se acusa la sentencia, con estribo en la causal primera de casación, de violación de los artículos 778, 822, 864, 870, 883, 884, 905, 923 y 947 del Código de Comercio y 1494, 1495, 1601, 1608, 1849 y 1880 del Código Civil, por aplicación indebida, a causa de errores evidentes de hecho en la apreciación de las facturas adjuntadas por el demandante al haber visto en ellas el contrato de compraventa, cuando ha debido regirse por las mis-

mas condiciones de un pacto precedente plasmado en una orden de compra número 168 de 14 de abril de 1983, emitida por Coagrometa, en la que se pactó un descuento del 8% sobre el precio de venta y con el acuerdo de que el valor de los fletes sería pagado por Coagrometa para debitarlo luego a M. R. de Inversiones Ltda. y que la semilla se entregaría en las bodegas de Almacenar en Villavicencio y finalmente que el pago se haría a 60 días de la fecha de facturación y sin financiación.

Aduce el recurrente que no vio el Tribunal que el propio demandante reconoce en los hechos 2, 3 y 4 del libelo incoactivo que celebró el contrato de compraventa de dos mil bultos, cada uno de 50 kilos de semilla certificada arroz METICA 1 "en las mismas condiciones de un contrato precedente el que se plasmó en la orden de compra número 168 de 14 de abril de 1983".

Insiste en que el *ad quem* no vio la citada orden de compra número 168, en la que se estipularon las condiciones precedentes aplicables a la compraventa de las semillas de arroz alegada por el demandante.

Asevera que el Tribunal pasó por alto el télex 104 de 23 de agosto de 1983 en el que Coagrometa confirmó el pedido de 2.000 bultos de semilla certificada de 50 kilos cada uno, en el que se precisa las mismas condiciones del negocio precedente.

Para rematar: "Por tanto, si el objeto del contrato eran exactamente 2.000 bultos de 50 kilos cada uno, que arrojan un total de 100.000 kilos, el fallador no podía declarar, como lo hizo, que las partes acordaron la compraventa de 106.000 kilos de semillas, sino sólo de 100.000. Del mismo modo, si se había pactado un descuento del 8%, no podía el *ad quem* confirmar, que, de otro, se basa en una cantidad superior a la negociada y que además, no tuvo en cuenta que la compradora pagó por fletes \$ 370.000 que deben debitarse del precio neto. Y si la Cooperativa demandada no aceptó ni firmó las facturas, no se podía hacer una condena a pagar intereses de mora, pues además, se convino en que no habría financiación en esta compra.

"Con fundamento en lo expuesto y teniendo de presente que el contrato celebrado recayó sólo sobre 100.000 kilos de semilla; que el precio de estos 100.000 kilos debe sufrir un descuento del 8% que, además, debe abonarse al precio la suma de \$ 370.000 pagada por fletes por cuenta de la demandante y que, finalmente, las partes pactaron que no habría financiación, muy respetuosamente solicito casar el fallo del *ad quem*, para que la Corte, actuando como Tribunal de instancia, revoque la sentencia del Juez de primer grado que incurrió en los mismos errores y, en su lugar, haga los reconocimientos antes puntualizados".

SE CONSIDERA

Resultan evidentes los errores que el impugnador le señala a la sentencia, en cuanto el *ad quem* pasó por encima la verdadera negociación de las partes, reconocida tanto en la demanda como en la contestación de la demanda y en los otros documentos mencionados en el cargo, para dar preferencial aplicación a las facturas aportadas por el demandante, cuyos

originales fueron encontrados en la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la parte demandada.

Los términos del contrato, en verdad, deben recogerse de los distintos reconocimientos hechos por las partes y por los documentos que guardan relación con el mismo, puesto que si las facturas pudieran servir de valor probatorio completo la pretensión elevada en este proceso carecería de sentido, porque de reunir los extremos del negocio serían suficientes para conformarlo y darlo por celebrado.

En ese orden de ideas, ante la falta de la prueba del contrato de compraventa, para lo cual se ha recurrido al impulso del órgano jurisdiccional, era deber del juzgador detenerse en los contenidos demostrativos de común aceptación como son: las condiciones del contrato, que son las mismas en cuanto al precio, financiación, formas de pago, entrega, descuentos, etc., y no alejarse de su evidente comprobación.

No es, por tanto, como equivocadamente lo entendió el sentenciador de segundo grado, que el negocio jurídico surge probatoriamente en el proceso de las facturas aportadas que por faltarles la firma del supuesto comprador no pierden validez sino la condición de título valor. Los requisitos que enuncia el artículo 774 del Código de Comercio en parte alguna se refieren a la falta de firma del comprador; por eso no es atendible su normación; más bien la regla aplicable es la del artículo 778 que a su tenor dice: "La no devolución de las facturas cambiarias en un plazo de cinco días a partir de la fecha de recibo, se entenderá como falta de aceptación". Si Coagrometa no devolvió las facturas, circunstancia que se acredita al haberla encontrado en las oficinas de la demandada sin constancia de aceptación, es porque, en principio, no reconocía a plenitud su contenido. En esas condiciones, la voluntad de las partes, para exteriorizar el consentimiento, resulta evidente en relación con los extremos prestacionales reconocidos por los contratantes en especial con el escrito introductorio del proceso, de la contestación de la demanda, del télex de 23 de agosto de 1983, y de la orden de compra número 168 de 14 de abril de 1983.

Entonces, los errores que la censura le enrostra en el cargo a la sentencia hacen próspera la impugnación en los aspectos parciales enunciados y en todos aquellos que comprometen esa parte de la decisión del *ad quem*.

Prospera, pues, parcialmente el cargo.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

No se encuentra vicio alguno en la actuación y están atendidos los presupuestos procesales.

Como quedó consignado en el estudio del cargo tercero, el contrato de compraventa no es materia de discusión.

Uno y otro contratante reconoce su existencia. Hasta el extremo que frente a la pretensión del actor el demandado propuso la excepción de contrato no cumplido que hace suponer necesariamente que el nexo jurídico

se creó. Sólo que los términos del negocio no quedaron establecidos con la inteligencia contractual debida y, que por tanto, merecen precisarse a través del material probatorio aportado al proceso.

En el hecho 2º de la demanda se dice que Coagrometa por télex de 23 de agosto de 1983 confirmó la negociación celebrada con la sociedad M. R. de Inversiones Ltda. para adquirir 2.000 bultos, cada uno de 50 kilos de semilla de arroz certificada, variedad "Metica 1", en las mismas condiciones de un contrato precedente. Ambos contratantes aportaron copia del mensaje que es del siguiente tenor: "De acuerdo a nuestra conversación telefónica día anterior estoy confirmándole pedido: 2.000 bultos x 50 kilos semilla certificada METICA 1 mismas condiciones negocio anterior la cual esperamos nos empiece a entregar próxima semana. Favor confirmar. Wilson Ruiz. Coagrometa".

No hay duda que el vendedor parte de la noción de que el objeto de la prestación, por lo menos la convenida y no la enviada, es la de 100.000 kilos de semillas de arroz y el comprador al responder ese hecho también lo acoge. Entonces, no podía, en principio, una de las partes alterar lo que se había convenido so pretexto de haber remitido una cantidad mayor, particularmente, si se ha cuestionado el monto de la mercadería. Se tiene que partir, en suerte, que la prestación a cargo del demandado, como comprador, es la de reconocer 100.000 kilos de arroz y, por ende, el precio sería en proporción a esta cantidad de kilos de semilla, que se puede determinar de acuerdo a los valores fijados en el pedido que a las partes sirvió de base para establecer los extremos prestacionales y las condiciones generales del negocio, o sea la orden de compra número 168 de 14 de abril de 1983.

Sin embargo, el vendedor envió, tal como lo acepta el comprador, 106.000 kilos de semilla, que altera el contenido negocial reflejado en el télex de 23 de agosto de 1983 en 6.000 kilos, en este punto. Eso haría suponer, pues, que la semilla de arroz adquirida supera la cantidad inicialmente acordada por las partes. Y, en principio, puede entenderse así pero que con fundamento a los criterios en que está inspirado del Código de Comercio, se tiene que sentar otra conclusión: si el comprador recibió la cantidad de semillas mencionadas por el demandante y no fue objetada, en ningún momento de la relación contractual, por el demandado, como comprador, es porque hace suponer que su consentimiento estuvo dirigido a convenir en este extremo de la compraventa.

No se puede predicar lo mismo con los otros factores integrantes del contrato, como el precio por kilo de semilla, que de acuerdo a lo convenido se ajustaba al valor fijado en la orden de compra número 168, con el beneficio para el comprador del descuento del 8%, entendiéndose que la expresión *sin financiación* se refiere al período comprendido entre la entrega y el plazo convenido para el pago de cada uno de los envíos. Esto es 106.000 kilos, a \$ 40 el kilo, para un total de \$ 4.240.000, menos \$ 390.080 equivalente al 8% de descuento; o sea, la suma de \$ 3.900.880 como precio global de la semilla. Empero, como el demandante, en relación con el envío de 30.000 kilos de semilla, pide la suma de \$ 1.100.000, y hechas las operaciones anteriores daría la cantidad de \$ 1.104.000, se deberá

acoger lo pretendido por el actor en este rubro; lo cual se cifra en \$ 3.896.880 el precio de la semilla vendida.

Del mismo modo, la referida orden de compra número 168, de cuyos términos las partes se sirvieron para fijar, en principio, las condiciones del contrato de compraventa, incluye a manera de nota lo siguiente: "Pago de fletes contra entrega por Coagrometa y debitadas a M. R. de Inversiones", es decir, que a cargo de la vendedora pesaba el pago de los gastos de transporte de las semillas negociadas, sólo que su importe inicial corría por cuenta de la compradora para descontarse luego del precio. En esas condiciones y por estar demostrado que las remesas de semillas llegaron a la Cooperativa compradora y que según ésta tuvo que cubrir la suma de \$ 370.000, es pertinente que, cuando se pretenda el pago del precio, se haga el descuento de los fletes atendidos por la demandada, que por ningún concepto podrá ser superior a la mencionada suma que fuera la misma señalada en el escrito de contestación de la demanda.

Por último, el interés que debe reconocer el demandado no es el 3% mensual señalado por el Juzgado, en forma caprichosa, puesto que las partes expresamente no lo acordaron, sino el legal comercial que no es otro que el bancario corriente, tal como lo previenen los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, en consonancia con el 870 *ibidem*.

Por todo lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 16 de octubre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, y en grado de instancia resuelve:

1. CONFIRMAR los numerales primero y cuarto de la sentencia de 20 de febrero de 1985, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio; que declaró no probada las excepciones propuestas por el demandado y condenó en costas a la parte demandada.

2. REVOCAR la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, de fecha 20 de febrero de 1985, en los numerales segundo y tercero, para:

2.1. DECLARAR que entre la sociedad M. R. de Inversiones Ltda. y Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. "Coagrometa Ltda.", se realizó un contrato de compraventa de semilla de arroz certificada, METICA 1, consistente en 106.000 kilos, por un valor de \$ 3.896.880 en varios instalamentos.

2.2. CONDENAR a la Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. "Coagrometa", a pagar a M. R. de Inversiones Ltda., dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo, en la ciudad de Villavicencio, las siguientes sumas de dinero con los intereses bancarios corrientes desde cuando se hicieron exigibles, así:

a) La suma de \$ 500.480, con los intereses corrientes bancarios desde el día 15 de noviembre de 1983.

b) La suma de \$ 971.600, con los intereses corrientes bancarios desde el día 19 de noviembre de 1983.

c) La suma de \$ 1.100.000, con los intereses corrientes bancarios desde el día 22 de noviembre de 1983.

d) La suma de \$ 1.324.800, con los intereses corrientes bancarios desde el día 28 de noviembre de 1983.

2.3. De la suma a cargo de la demandada se descontarán los fletes pagados por ésta, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

3. CONDENAR en costas de la segunda instancia a la parte demandada en un 60%.

4. Sin costas en casación.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra, Guillermo Salamanca Molano.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PROMESA DE COMPRAVENTA

Acciones del promitente comprador, aún contra terceros.

CASACION

Reformatio in pejus. Ocurriencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario instaurado por *Édilberto Londoño Trujillo* contra *Gonzalo Sanint Mejía* e *Inversiones Guadalupe Limitada*.

ANTECEDENTES

En demanda presentada el 26 de julio de 1982, el actor solicita que se formulen las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que es nulo absolutamente, "porque tiene o tuvo objeto y causa ilícitos y se ejecutó con fraude a la ley", el contrato "que las partes llamaron de *permuta*, contenido en la Escritura Pública número 989, de fecha 15 (sic) de mayo de 1981, otorgada en la Notaría Primera del Círculo Notarial de Manizales y por medio de la cual *Gonzalo Sanint Mejía* dijo *permutar* con *Inversiones Guadalupe Limitada* los inmuebles *Guadalupe*, ubicado en jurisdicción del Municipio de La Dorada y descrito por su situación y linderos en el hecho 1º de esta demanda y *Paraná*, ubicado en jurisdicción del Municipio de Puerto Boyacá, descrito en tal instrumento por su situación, cabida aproximada y linderos".

2ª Que como consecuencia de la nulidad, el predio *Guadalupe* “queda en el mismo estado jurídico o de derecho en que se hallaba si no hubiera existido el acto declarado nulo absolutamente y, por consiguiente el derecho de dominio sobre tal inmueble se halla radicado en cabeza de Gonzalo Sanint Mejía, exclusivamente”.

3ª También como consecuencia de la nulidad, “*disponer* la cancelación de la Escritura número 989, de fecha 5 de mayo de 1981”, citada en la petición primera.

4ª “*Ordenar* la cancelación de la inscripción en los folios de matrícula respectivos, de la escritura materia de la declaratoria de nulidad absoluta”.

5ª Condenar en costas a los demandados.

Subsidiariamente solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que es absolutamente simulado el contrato de permuta contenido en la referida Escritura Pública número 989 de 5 de mayo de 1981.

2ª Que, consecuencialmente, “queda vigente la situación jurídica preexistente al negocio simulado y, por consiguiente, el dominio sobre el predio llamado *Guadalupe* . . . se halla radicado exclusivamente en cabeza de este último” (Gonzalo Sanint Mejía).

3ª Que el predio *Guadalupe* “*no salió válidamente* del patrimonio de Gonzalo Sanint Mejía y, por consiguiente, con respecto a él subsisten las obligaciones que tienen su fuente en la promesa bilateral de compraventa suscrita entre Edilberto Londoño Trujillo y Gonzalo Sanint Mejía en La Dorada, Departamento de Caldas y de fecha seis (6) de junio de mil novecientos setenta y ocho”.

4ª Disponer que la escritura que contiene el acto materia de la declaración de simulación “debe ser cancelada y librar el despacho correspondiente a la Notaría de Manizales”.

5ª Disponer la cancelación de la inscripción de tal escritura en los folios de matrícula respectivos y para ello librar los oficios correspondientes.

Se solicitó condenar en costas a los demandados.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, el demandante narra lo siguiente:

El 6 de julio de 1978, Edilberto Londoño Trujillo y Gonzalo Sanint Mejía suscribieron una promesa de compraventa sobre el inmueble *Guadalupe*, situado en el Municipio de La Dorada, Departamento de Caldas, cuya área y linderos señala. Como precio se acordó la suma de \$ 27.500.000 moneda corriente, de los cuales el prometiente comprador pagó más de \$ 23.000.000 moneda corriente. El prometiente vendedor incumplió la obligación de concurrir a la Notaría de La Dorada en la fecha en que debía suscribirse la escritura pública; el prometiente comprador sí concurrió

y siempre estuvo dispuesto a cumplir lo estipulado en el contrato en cuestión. A pesar de que se le había pagado la casi totalidad del precio acordado, Gonzalo Sanint Mejía demandó a Edilberto Londoño Trujillo con el fin de que se declarara resuelto el contrato de promesa de compraventa referido, con las consecuencias que señala el artículo 1546 del Código Civil, con base en que el demandado había incumplido el citado contrato. En demanda de reconversión Londoño Trujillo solicitó que Sanint Mejía fuera condenado a cumplir el contrato en la forma convenida. El Juez Civil del Circuito de La Dorada, en fallo de 15 de septiembre de 1981, acogió las súplicas de la contrademanda y absolvió a Londoño Trujillo de los cargos de la demanda principal, sentencia cuya segunda instancia se tramita ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales por apelación que propuso Sanint Mejía. Este, mediante Escritura Pública número 989 de 5 de mayo de 1981, otorgada en la Notaría Primera de Manizales, "dijo celebrar un contrato de *permuta* con la sociedad regular de comercio *Inversiones Guadalupe Limitada*, representada por el doctor Diego Sanint Escobar, negocio jurídico donde se cambió el predio descrito por su situación y linderos en el hecho 1º de esta demanda, por un fundo llamado *Paraná*, ubicado en jurisdicción del Municipio de Puerto Boyacá, Departamento de Boyacá y cuya alinderación y demás características se hicieron en la cláusula tercera de la misma escritura". La sociedad, como titular del dominio del predio citado, en ejercicio de la acción reivindicatoria demandó a Edilberto Londoño Trujillo, con el fin de que fuera condenado a restituir el fundo que había recibido con ocasión de la firma de la promesa de compraventa suscrita el 6 de julio de 1978.

Dice también el demandante que tal demanda fue promovida en agosto de 1981 y de los hechos en que se fundamenta deduce demostración de que los móviles de tal permuta fueron el fraude a la ley, el abuso del derecho, objeto y causa ilícitos, porque el motivo determinante fue burlar los derechos de Edilberto Londoño Trujillo. De todo lo anterior éste infiere que Sanint Mejía elude el cumplimiento de sus obligaciones; que mediante la permuta trasladó el dominio del predio Guadalupe a una sociedad donde todos sus hijos son socios; que quedará desprotegido, cualquiera sea el resultado de la demanda que se tramita en el Tribunal de Manizales, frente al artículo 1546 del Código Civil, por la aparente insolvencia de Sanint Mejía: "Que existe un fraude a la ley hábilmente fraguado entre Diego Sanint Escobar y Gonzalo Sanint Mejía, cuyas actuaciones en el proceso ordinario resolutorio del contrato de promesa, demuestran un concierto permanente, encaminado a defraudar los intereses legítimos de Edilberto Londoño Trujillo". Por ello el contrato de permuta es nulo absolutamente "y conlleva también un fraude simulatorio generador de *simulación absoluta*". La permuta fue celebrada por Sanint Mejía "con el propósito definido de no cumplir la relación contractual contenida en el aludido contrato preparatorio" de promesa de compraventa; por todo ello Londoño Trujillo tiene interés para promover la acción de nulidad absoluta y la de simulación absoluta respecto del contrato de permuta. Menciona el actor algunos indicios de los que a su entender se infiere la simulación de dicho contrato, como que la sociedad *Inversiones Guadalupe Limitada* se halle constituida por miembros de la familia de Gonzalo Sanint Mejía, cuyo interés social es ampliamente mayoritario; que el precio asignado al bien

Guadalupe se hubiera fijado en \$ 5.673.000, cuando había sido prometido en venta por \$ 27.500.000; que en la petición 7ª de la demanda reivindicatoria se pida la cancelación de la inscripción de la demanda de reconvencción sobre cumplimiento de la promesa de compraventa; que en la misma demanda se reconozca la existencia anterior de dicha promesa y del proceso derivado de tal contrato; así mismo, que se acepte en ella haberse celebrado el acto simulado de permuta cuando había transcurrido el período probatorio, lo que permitía a Sanint Mejía prever el resultado negativo de sus pretensiones; con la misma finalidad constituyen también indicios, haberse fijado en la permuta un precio a los inmuebles con diferencia apreciable entre los mismos, pues Guadalupe vale 78 millones y Paraná 45, según dictamen pericial practicado en el proceso reivindicatorio, y continuar la sociedad en posesión material del predio Paraná”.

El Juez Segundo Civil del Circuito de Manizales, en sentencia de 19 de septiembre de 1984 decidió el asunto en primera instancia: De oficio, declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, respecto de la nulidad solicitada en forma principal y de la simulación pedida en forma subsidiaria. Condenó en costas al demandante.

La segunda instancia, tramitada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor, fue decidida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante fallo de 7 de noviembre de 1985, por el cual *revoco* en todas sus partes el del Juzgado de primer grado y en su lugar negó las pretensiones principales y subsidiarias y las súplicas consecuenciales impetradas. Condenó en costas al demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

El fundamento de la decisión del *ad quem* radica en que la promesa de compraventa “sólo produce obligaciones de hacer y no de dar, no generándose a causa de la misma derecho alguno del prometiente comprador a la cosa prometida, efecto que sólo se produce al momento de perfeccionarse el correspondiente contrato”. Por tanto, el prometiente comprador carece “de la calidad de acreedor con relación al prometiente vendedor y, por tanto, no tiene ningún interés jurídico para demandar la nulidad de un contrato en el cual no figura como parte y dicha falta de legitimación en la causa permite un fallo desestimatorio de las pretensiones de la demanda”.

En relación con la pretensión subsidiaria de simulación, dice el fallo impugnado que “aparece claro que el actor no es titular de derecho alguno, cuyo ejercicio se vea impedido por el contrato atacado de simulado; ni ha sufrido perjuicio alguno como consecuencia de la celebración de dicho contrato, pues a pesar de que la existencia de dicho perjuicio fue afirmada, no fue demostrada en autos su existencia en el momento de celebrarse el contrato atacado como simulado”, por lo que el actor carece de interés para demandar lo pedido y esa falta de legitimación en la causa lleva a la desestimación de lo solicitado en forma subsidiaria.

Por otra parte, “no se acreditó dentro del proceso la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita y por fraude a la ley, cuya existencia se alegó en la demanda”.

Por ello no se decreta la nulidad absoluta, ni la simulación del contrato de permuta celebrado entre Gonzalo Sanint Mejía y la sociedad Inversiones Guadalupe Limitada, representada por Diego Sanint Escobar, contenido en la Escritura Pública 989 de 5 de mayo de 1981, ni se accede a las declaraciones consecuenciales impetradas.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Oportunamente se impugnó la decisión de segundo grado mediante el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la parte demandante. Para ello y con la finalidad de lograr la infirmación del fallo recurrido, y la revocación del proferido por el juzgador *a quo* y obtener decisión favorable a las pretensiones de la demanda, el casacionista formula cuatro cargos: Uno con base en la causal cuarta y tres con fundamento en la causal primera de las consignadas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Por estar llamado a prosperar, sólo se expone en seguida el planteamiento del primer cargo, fundado en la causal cuarta de casación:

Primer cargo.

Acusa la sentencia por “ser contraria al principio de la *reformatio in pejus*”, y haber quebrantado el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil “por falta de aplicación”. Considera el impugnante que el artículo citado consagra un derecho para el único apelante, consistente en que no puede ser desmejorado por el fallo de segunda instancia; destaca, luego, que el único apelante fue el actor en el proceso y que el demandado solicitó al Tribunal la confirmación de la sentencia proferida en primera instancia por encontrarse acorde con el texto y espíritu de la ley, pues sólo cuando la Corte resuelva el recurso de casación que ambas partes interpusieron contra el fallo que decidió en segunda instancia el proceso ordinario de resolución de la promesa de compraventa (de oficio el Tribunal declaró probada la excepción de contrato no cumplido), podían promoverse las acciones materia del presente litigio. O sea, que el demandado implícitamente reconoce al actor el derecho a proteger sus intereses.

El fallo del *a quo* no desconoció al demandante su calidad de acreedor ni su interés jurídico, aunque estimó que éste no era actual. El *ad quem*, en cambio, rechaza la calidad de acreedor y el interés, en el actor, y revoca la sentencia para tornar más gravosa la situación del apelante, pues el fallo de primer grado “al menos permitía al demandante volver a ejercitar sus pretensiones”, en tanto que la sentencia impugnada “desconoció totalmente todos sus derechos” con agravación manifiesta de la situación del apelante, en detrimento del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El principio prohibitivo de la reformatio in pejus, instituido como causal en el numeral 4º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, no persigue nada distinto que procurar del superior, cuando conoce de una apelación, que no modifique, enmiende o altere lo resuelto por el inferior

en detrimento del recurrente, esto es, que no le haga más gravosa la situación al apelante. Entonces, la actividad desarrollada por el juzgador ad quem no puede salirse del marco que señala el impugnador para desmejorarle su situación, porque hace denotar una reforma en perjuicio.

El agravio, pues, que recibe el apelante, cuando el sentenciar de segundo grado quebranta el principio prohibitivo en comento, encuentra en casación un remedio prudente al erigirse como causal; de suerte que permite, por esa misma razón, el quiebre del fallo impugnado extraordinariamente.

En el asunto que se examina se hace palpable que el juzgador de primera instancia, al desatar el fondo de la controversia, decidió declarar que no era el momento para entrar en el fondo de lo impetrado por el demandante, es decir, no comprometió un pronunciamiento definitivo sobre los extremos de las pretensiones, dejando, por tanto, a salvo cualquier reclamación judicial posterior. Sin embargo, el demandante mostró su incomformidad con esa decisión para lo cual interpuso el recurso de apelación encaminado a que cualquiera de sus peticiones del libelo incoactivo encontrara una acogida por el superior; constituyéndose, así, en el único apelante.

Pues bien: el Tribunal desató la alzada y con decisión de fondo, revocó la sentencia recurrida, negando la nulidad absoluta y la simulación instadas por el demandante. Esa simple confrontación de decisiones, muestra la reforma en perjuicio introducida por el ad quem, puesto que, si bien es cierto, una y otra providencia no abren paso a las pretensiones del actor, la del a quo encierra un pronunciamiento que permite, si es del caso, revivir la controversia, mientras que con la del Tribunal cierra cualquier posibilidad de volver a discutir los extremos de la litis.

Y es tan ostensible el quebranto del principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, que el opositor, al replicar la demanda de casación, con absoluta lealtad así lo reconoce:

“Ciertamente la sentencia proferida en segunda instancia es más gravosa para el único apelante, lo que evidentemente quebranta el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, como el fallo del *ad quem* enmendó la providencia apelada en puntos que no fueron materia de la alzada, interpuesta solamente por el demandante, haciendo más gravosa la situación de éste, el cargo debe prosperar. Y como al entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia, encontrará que no existe motivo de nulidad absoluta ni de simulación, estimo que debe confirmar la resolución del juez *a quo*, para no incurrir en el mismo yerro *in procedendo* en que cayó el honorable Tribunal de Manizales. Así lo solicito de manera muy respetuosa.

“Ahora bien, como de conformidad con el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, cuando la Corte halle procedente un cargo que comprenda la totalidad de las resoluciones del Tribunal, como ocurre con el aquí formulado por la causal cuarta, debe abstenerse de considerar los ataques restantes, prescindiré de dar respuesta a cada uno de los otros tres cargos que el recurrente lanza contra la sentencia recurrida.

“Al ilustrado criterio de los honorables magistrados propongo las siguientes consideraciones, que me sirven de estribo para pedir que no se

acojan las pretensiones de la demanda y que, en cambio, se confirme la sentencia del juez *a quo*, desde luego que por ser el actor el único apelante, y para no caer en *reformatio in pejus*, no sería posible negar las pretensiones y absolver al demandado.

“De entrada hago resaltar que las únicas dos acciones intentadas por el demandante, señor Edilberto Londoño Trujillo, son las de nulidad y de simulación absolutas; para nada se menciona en el libelo introductorio la acción pauliana que tardíamente y fuera de lugar, viene tocando el actual y distinguido apoderado del recurrente desde su alegato de segunda instancia”.

Se ha de casar, por tanto, el fallo impugnado, sin que haya necesidad de entrar en el estudio de los restantes cargos, por el vicio *in procedendo* advertido que abarca la totalidad de la sentencia.

En consecuencia, al prosperar el cargo, procede la Corte a proferir la

SENTENCIA DE INSTANCIA

1. Están satisfechos los presupuestos procesales y no se observa vicio alguno que afecte la actuación.

2. El juzgado al declarar oficiosamente la excepción de petición antes de tiempo, respecto de la pretensión principal de nulidad y de la subsidiaria de simulación, entendió que el demandante, con apoyo en la promesa de compraventa que ha dado origen a otra controversia judicial sobre una pretensión de resolución, no tiene en el momento interés legítimo para instar la invalidación del contrato de permuta celebrado por las partes demandadas. “Bien observa, dice el *a quo*, que los derechos y obligaciones emanados del contrato de promesa no constituyen créditos ciertos, líquidos y exigibles, como para que a continuación de la declaratoria de nulidad el actor, solicite ya la transferencia del bien, ya el remate y el pago de una acreencia, como consecuencia directa de haber regresado al patrimonio del deudor, el bien, como efecto de la nulidad declarada”. Para acotar en seguida: “En cuanto a la simulación, implorada subsidiariamente, *ab initio* se puede decir que ella debe correr la misma suerte que la anterior puesto que las condiciones que se requieren de parte de tercero para intentarla son los mismos que reclama la nulidad”.

No es que el juzgado parta de la consideración de que el demandante carece de una relación de crédito con una de las partes intervinientes en el contrato de permuta contenido en la Escritura Pública número 989 de 5 de mayo de 1981 de la Notaría Primera de Manizales, sino que no encuentra, en el derecho personal alegado por el actor, que sea suficiente para legitimar la destrucción, por la vía de la nulidad o la subsidiaria de simulación, del negocio jurídico mencionado, puesto que en el evento de resultar próspera una u otra pretensión no se le puede imponer ninguna conducta al demandado Gonzalo Sanint Mejía en torno a la promesa de compraventa que le sirve de respaldo para crear el título y, por consiguiente, la calificación de acreedor, teniendo en cuenta el proceso de resolución de la promesa que se encuentra en curso.

4. *Empero, la falta de interés inmediato que el sentenciador de primer grado le señala al demandante no puede aceptarse en el sub lite puesto que*

si bien es cierto que toda promesa bilateral del contrato por naturaleza genera obligación de hacer, esto es, de celebrar el negocio prometido, también lo es que por las especiales circunstancias que rodean el asunto que se examina, la promesa que ha presentado el actor para acreditar su derecho y aducir perjuicios mantiene toda su fuerza sustancial hasta tanto no se invalide por cualquiera de las causas previstas por la ley o por acuerdo de las partes, tal como lo previene el artículo 1602 del Código Civil. Es decir, no toda promesa confiere la oportunidad de vulnerar un negocio que pueda reputarse fraudulento. No. Si el negocio que se indica en respaldo para una pretensión de aquel linaje concede derechos personales que pueden repercutir en el debilitamiento patrimonial directo del deudor o en el cumplimiento de dicho negocio, es indiscutible que el interés del promitente es actual. Y con mayor razón cuando se demanda la destrucción de un negocio del que se dice o arguye está viciado de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos y fraude a la ley, puesto que el interés que le asiste al demandante tiene un apoyo superior en el orden jurídico y público de la Nación, al que sólo le basta mostrar algún derecho cierto.

5. Entonces, si está legitimado el demandante para ampararse en su condición de promitente comprador, por revestir una particular circunstancia su comparecencia en este proceso, para recabar la nulidad absoluta del contrato de permuta contenido en la Escritura Pública de 5 de mayo de 1981 de la Notaría Primera de Manizales.

6. Con todo, encuentra la Sala que en el fallo de primera instancia se declaró oficiosamente la excepción de petición antes de tiempo que impide cualquier pronunciamiento que desmejore las condiciones del apelante. Y por esta misma consideración conclúyese que para no causar ningún perjuicio al recurrente que se podría inferir si se decide sobre los extremos de las pretensiones, se ha de confirmar la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales.

Por todo lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia de fecha 7 de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y en grado de instancia,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia de fecha 19 de septiembre de 1984, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales.

2. Costas de la segunda instancia a cargo del apelante. Sin costas en casación.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra, Guillermo Salamanca Molano.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PATERNIDAD NATURAL

Exceptio plurium constupratorum.

Necesidad de la prueba de la maternidad.

ESTADO CIVIL

Registro Civil.

Por su trascendencia los hechos y los actos que la constituyen están sometidos a un régimen de registro y de prueba de carácter especial, de estricto cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 21 de marzo de 1985, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario adelantado por Alberto del Socorro Bolívar contra María Ofelia y Julio Eduardo Bolívar Guevara.

ANTECEDENTES

I. Ante el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, el mencionado demandante solicitó que con audiencia de los demandados se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que es hijo natural de Carlos Bolívar Guevara, ya fallecido y, como tal, es heredero de éste.

b) Que se condene a los demandados a restituirle al demandante la totalidad de bienes dejados por el causante, junto con los frutos.

c) Que se declare que la partición que se efectúe en el proceso sucesorio de Carlos Arturo Bolívar Guevara, es inoponible al demandante.

d) Que se ordene el registro del estado civil del demandante y se condene a los demandados al pago de las costas del proceso.

II. El demandante refiere como hechos de sus pretensiones, los que seguidamente se compendian:

a) Alberto del Socorro Bolívar nació el 2 de julio de 1946, en el Municipio de Belén de Umbría y, en ese entonces, Carlos Arturo Bolívar y Liria Pérez “estaban vinculados por relaciones sexuales”, que se habían iniciado en 1941, las que duraron hasta mayo de 1982, mes en que falleció el citado Carlos Arturo.

b) Desde la iniciación de las relaciones sexuales, Carlos Arturo Bolívar rodeó a Liria Pérez de “afectos, atenciones y cuidados, y toda clase de consideraciones de orden humano y económico, semejantes” a marido y mujer.

c) A pesar de que Alberto del Socorro nació en el Municipio de Belén de Umbría, “por voluntad de su padre Carlos Arturo Bolívar fue bautizado en la localidad de Viterbo, Caldas, para efectos de que inicialmente no fuera conocido tal hecho por sus parientes”, ya que era persona demasiado reservada en sus asuntos íntimos.

d) “Desde el momento en que don Carlos Arturo Bolívar Guevara advirtió que su compañera había concebido a consecuencia de las relaciones sexuales que con ella sostenía, fue más acucioso en el trato para con ella y durante todo el embarazo la abrumó con toda clase de consideraciones contratando los servicios necesarios que el caso requería, comportándose como un excelente marido en trance de ser padre. Las mismas consideraciones prodigó en el momento del alumbramiento de la criatura que posteriormente fue bautizado con el nombre de Alberto del Socorro Bolívar Pérez, como aparece en la partida eclesiástica de nacimiento y en el registro civil de nacimiento”.

e) A partir de la fecha en que Carlos Arturo y Liria iniciaron sus relaciones sexuales, el primero se hizo cargo del sostenimiento económico de la segunda y “aceptando evidentemente con responsabilidad, desde el momento del embarazo, su calidad de padre natural de la criatura por nacer, bautizada con el nombre de Alberto del Socorro Bolívar Pérez, lo mismo que suministrándole a su hijo dineros para subsistir y que condujo a amigos deudos y al vecindario... a que reputaran y reconocieran a Alberto del Socorro como hijo natural de Carlos Arturo Bolívar”.

III. Los demandados contestaron la demanda en el sentido de negar la mayoría de los hechos, por lo que se opusieron a las súplicas en ella formuladas.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 3 de marzo de 1984, mediante la cual se negaron las pretensiones del demandante y, consecuencialmente, absolvieron de ellas a los demandados.

V. Contra la resolución precedente interpuso el demandante el recurso de apelación, habiéndose terminado la segunda instancia con fallo 21 de marzo de 1985, por el cual se revocó el proferido por el *a quo* y, en su lugar, se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, lo que dio origen a que los demandados interpusieran contra tal pronunciamiento el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Referidos los antecedentes del litigio y sentado por el *ad quem* que el demandante alega como presunciones de paternidad los señalados por los ordinales 4º, 5º y 6º de la Ley 75 de 1968, de inmediato entra ex aequo de la prueba testimonial y se da a la tarea de compendiar lo narrado por cada declarante, observándole a cada uno lo expresivo o inexpressivo de su versión, lo tolerable e intolerable de algunas imprecisiones, lo trascendente e intrascendente para el litigio de algunas afirmaciones hechas por Luis Rosendo Jaramillo Serna, Antonio José Serna Echeverri, Jorge Alberto Hoyos Flórez, María Rosalba Gil, Teresa de Jesús Gil, Manuel Tiberio Toro, Luis Aníbal Ríos, Elvia Raigosa Restrepo, Melba y Rosa Pérez, Mercedes Marín, Jesús Antonio Cardona, Blanca Rosa Corrales y Fabio Salgado de los Ríos.

Luego el sentenciador de segundo grado deduce que de tal prueba “se entresaca como hecho sustancial que Carlos Bolívar Guevara y Liria Pérez sí tuvieron una relación que mereció haber llegado a ser reputada como la de personas vinculadas amorosamente”.

En seguida, señala el *ad quem* que la deducción precedente se obtiene fundamentalmente de lo afirmado por los declarantes Luis Rosendo Jaramillo, Jorge Alberto Hoyos, María Rosalba Gil, Luis Aníbal Ríos, Elvia Raigosa, Melba y Rosa Pérez.

“De manera —continúa el Tribunal— que los amoríos, las oportunidades de consumarlos, las atenciones para sostenerlos y estimularlos, la conducta solícita de Carlos Arturo con Liria durante el embarazo y en el parto, la acuciosa intervención de él ante el acto del bautismo de Alberto del Socorro, sacramento de innegable trascendencia en el medio ambiente, y la ulterior asistencia pecuniaria a la madre, Liria, evidencian la especial conducta de Carlos Arturo, por un tiempo relativamente prolongado, que comprende los diferentes episodios eslabonados a que se liga un persona por un grado de afinidad que sólo es explicable por los amoríos proclamados y por sus resultantes. No llega a vislumbrarse acontecer diferente en lo escrutado.

“Con respecto a la época en que fue avizorado entendimiento de tal grado entre Carlos Arturo y Liria no fueron muy exactos, ciertamente. Mas es aceptable que así ocurriera porque, como se sabe, lo referido ocurrió hace bastantes años. A pesar de lo cual sus apreciaciones están admisiblemente aproximadas. Jorge Alberto Hoyos Flórez dijo que el asunto fue entre 1944 y 1946; Antonio José Serna dice que fue entre 1946 y 1948 que observó el embarazo de Liria; María Rosalba Gil Jaramillo la vio en dicho estado hacia 1945, más o menos.

“En cuanto a los amores de Carlos Arturo y Liria los declarantes explicaron por qué llegaron a enterarse de que los hubo”.

Más adelante sostiene el sentenciador de segundo grado, aludiendo a una prueba testimonial decretada de oficio en la primera instancia, lo siguiente:

“Así, por ejemplo, Luis Rosendo Jaramillo Serna anotó que Saulo Salas le había revelado que Liria había tenido un hijo de Carlos Arturo.

Citado Saulo Salas (folio 90, Cuad. número 4) declaró, por intermedio de comisionado (Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín), que él vivió en 'el marco de la plaza' de Belén de Umbría; desde cuando tenía 'uso de razón' conoció a Carlos Arturo y Liria, pues era vecino de ellos. Sin preámbulos, escueta y llanamente, aseveró: "Me consta que Carlos Bolívar y Liria Pérez tenían relaciones sexuales porque al averiguar la causa por la cual se sucedían unos ruidos se debían al hecho de que Liria Pérez con mucha frecuencia se subía al cielo raso para verse con Carlos Bolívar y a eso se debían los ruidos que me despertaban con mucha frecuencia". Afirmó de igual manera que vio en embarazo a Liria, entre los años 1942 a 1945, "que fue la época en que me ausenté del pueblo, se comentaba en esa época que Liria Pérez era la moza de Carlos Bolívar, cuando nació el hijo de Carlos Bolívar, y Liria Pérez ya no estaba yo viviendo en ese pueblo".

"Se le preguntó: 'Díale (sic) al Despacho si las relaciones obtenidas (sic) por doña Liria Pérez con don Carlos Bolívar eran conocidas por un número considerable de personas o si por el contrario eran reservadas y ocultas'. Respondió: 'En un principio eso lo supieron muy pocos, pero luego lo supo todo el pueblo y yo puedo agregar que las relaciones que tuvo Liria con Carlos Bolívar fueron las primeras porque yo observaba todo debido a mi ubicación de vecino'.

"Terminó su exposición aclarando que 'no solamente era Carlos Bolívar el que se movilizaba por el cielo raso sino también Liria Pérez y nosotros teníamos una pared divisoria para impedir el tránsito por el cielo raso y fue violada, es decir la arrancaban'.

"Especial mérito se encuentra al relato de este declarante, residente en Medellín, ausente del lugar de los hechos desde 'cuando nació el hijo de Carlos Bolívar', porque su exposición está libre de interferencias de las partes interesadas en la actual controversia. Se traducen el recuerdo y la impresión prístinos sobre los personajes, los episodios de sus relaciones y el reflejo de la opinión en torno a las incidencias que interesan al juicio.

"*Germán Hoyos Montoya y Margarita Villegas Hurtado* (folios 91 y 92, Cuad. número 4). Reafirmaron dos asuntos fundamentales: que Carlos Arturo y Liria tuvieron relaciones amorosas; que Liria tuvo un hijo, fruto de ellas.

"El primero dijo que esas relaciones extramatrimoniales ocurrieron desde 1945. La última afirmó: '...esto hace más o menos treinta y siete años' (rindió su declaración el 1º de agosto de 1983, se anota).

"Estas tres últimas declaraciones, decretadas de oficio, confirman las atestigüaciones de quienes asimilaron la realidad del vínculo íntimo entre Carlos Arturo Bolívar y Liria Pérez. Lo que apreciaron como vecinos de éstos en el período de 1945 a 1946".

A continuación, el Tribunal dice lo siguiente:

"Del certificado expedido por el Notario Unico del Círculo de Viterbo, Caldas (Cuad. ppl. Fol. 3), se repara que el demandante nació el 2 de julio de 1946 por lo que, en armonía con la regla del artículo 92 del Código Civil, se infiere que su concepción tuvo lugar entre el 5 de septiembre de

1945 y el 3 de enero de 1946, temporada en la que acontecieron las relaciones sexuales colegidas entre Carlos Arturo Bolívar y Liria Pérez.

“Las relaciones susodichas llegan a ser mayormente creíbles, teniendo en cuenta que Carlos Arturo buscó la mediación de Luis Aníbal Ríos para que Tránsito Baena, comadrona conocida en Belén de Umbría, ayudara en el parto a Liria.

“La presencia de Carlos Arturo en ese acontecimiento fue señalada muy claramente por la testigo Elvia Raigosa Restrepo, quien confirmó que la mencionada partera había estado en la casa de Liria el día del alumbramiento de Alberto del Socorro”.

Aborda luego el *ad quem* el examen de otro grupo de declarantes y, al efecto, sienta las reflexiones siguientes:

“La parte demandada se valió de un grupo de testigos para tratar de comprobar que en la época de las relaciones sexuales que era oportuna para el engendramiento de Alberto del Socorro, Liria Pérez tuvo la misma clase de relaciones con otros hombres. Mas no logró tal objetivo la demandada.

“Al efecto declaró David María Valencia Osorio (Fls. 23, Cuad. número 3; 12, Cuad. número 4) y aseguró que tuvo acoplamiento sexual con Liria alguna vez, pero no fue posible que con similar firmeza puntualizara la época. Además comentó que nunca vio embarazada a Liria.

“Lucía Suárez de Guzmán (Fol. 4, Cuad. número 3) quiso a toda costa acusar a Liria de libertina; ‘Ah, pues ella, primero vivió con Juan Aguirre, después con ‘Fideo’, un señor que es chofer.

“Carlos Enrique Zamora Hernández la catalogó de igual manera.

“Pero no pudieron explicar seriamente sus dichos y conjeturas (Fl. 16, Cuad. número 3).

“‘Fideo’ resultó ser Jesús Antonio López y negó rotundamente que hubiera convivido con Liria; aceptó haber tenido amistad con ella. Después de que él se casó únicamente estuvo dedicado a la esposa (Fl. 43, Cuad. número 3).

“Contradijo, pues, las versiones de Lucía Suárez de Guzmán y de Carlos Enrique Zamora Hernández.

“Francisco Antonio Agudelo Bayer expuso: ‘A mí me tocó verla charlando con unos tipos... charlaba con «Fideo», Bambalá... y Juan Rodríguez era el que más la molestaba a ella’. Con Carlos no. De éste dice: ‘...era un tipo muy serio’. (Fol. 6, Cuad. número 3).

“Pablo José Granada Vélez afirmó que Liria era ‘parrandeadora’; la gente comentaba que vivía con Angel María Cortés (Fol. 19, Cuad. número 3).

“María Dolores Flórez Agudelo (Fol. 22, Cuad. número 3), hizo una exposición que no tiene claridad; la testigo fue elusiva; su versión, contradictoria. Dijo de manera terminante que Alberto del Socorro no era hijo de Carlos Arturo; el padre era Juan Rodríguez, pues el papá de Liria le hizo tal revelación. Relató que le había comunicado que Liria ‘era una cualquiera’, que atendía a muchos, ‘me decían eso hace años, no recuerdo’.

Al ser interrogada sobre el nombre de quienes convieron con Liria Pérez desde 1945 hasta 1947, respondió: 'Con nadie, decían'.

"Luis Horacio Posada Uribe (Fol. 24, Cuad. número 3) informó que Liria 'Salía con Juan Rodríguez, con Jesús López y David Valencia'.

"José Jesús Gallón Múnera (Fol. 30, Cuad. número 3) declara que oyó decir que Liria Pérez mantenía relaciones íntimas con el señor Bolívar, con Juan Rodríguez y otro señor que llamaban Bambalá. Directamente no le consta nada.

"De las testificaciones discriminadas no se entresaca evidencia sobre la *exceptio plurium concubentium*. Son, ciertamente, muy vagas, imprecisas; no producen convicción".

Por último, el Tribunal, con cita de doctrina de la Corte, sostiene que la excepción de *plurium constupratorum*, cuya prueba corre de cargo del demandado, exige el establecimiento del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, la determinación del hombre u hombres con quien las haya tenido y, además, la coincidencia de tales relaciones con la época legal de la concepción. Empero, estos requisitos no aparecen acreditados.

Para rematar, el *ad quem* sostiene lo siguiente:

"Estos requisitos no se contemplan en el caso *sub judice*, pues aceptando que en realidad de verdad David María Valencia Osorio hubiera tenido relación sexual con Liria, al exigírsele que concretara en qué época fue muy vacilante y hasta terminó por afirmar: 'rectifiquemos porque, no fue en esa fecha como dije (1945 a 1946), eso fue ya con el tiempo, no sé decir la fecha, ella ya estaba adulta, yo la conocí joven pero cuando eso sucedió ya ella estaba madura, no recuerdo la fecha' (Fl. 14, Cuad. número 3).

"De otro lado, el chofer Jesús Antonio López ('Fideo') negó que hubiese tenido esa clase de relación con Liria (Fl. 43, Cuad. número 3).

"En cuanto a Juan Rodríguez, con certeza, sin hesitación, no se puede colegir que hubiera tenido relaciones de sexo con Liria.

"Ofelia Vélez de Jiménez (Fl. 58, Cuad. número 4) apenas oyó referencias atinentes a este tema. Según esas alusiones, Juan Rodríguez era el verdadero padre del actor, rumor difundido en el pueblo. No pasa de ser una insular declaración".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos se formulan en ésta contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera de casación, los que serán estudiados en el orden propuesto.

Cargo primero.

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 1 y 4, numeral 4, incisos 1º y 2º de la Ley 45 de 1936; 6 numeral 4º y 10 de la Ley 75 de 1968; 2, 4

y 9 de la Ley 29 de 1982; y, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, por aplicación indebida; artículo 6, numeral 4º, inciso 3º de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación, a consecuencia de yerros fácticos cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Luego de referirse al contenido de algunas de las normas enunciadas, expresan a continuación los recurrentes que para el legislador de 1968, como también lo fue para el de 1936, es evidente que si la madre del hijo demandante, durante la época en que tuvo que ocurrir la concepción de éste, tuvo relaciones de tipo sexual no solamente con la persona a quien se señala como autor de la preñez, sino con otro u otros, tal circunstancia crea una verdadera perplejidad sobre la paternidad, porque a cada uno de aquellos hombres le es aplicable la presunción legal de paternidad natural y, por tanto, resulta absurdo predicar la misma paternidad respecto de varios amantes, puesto que el padre sólo puede ser uno. Esta situación es lo que configura la *turbatio sanguinis* y la consagración legal de la *exceptio plurium constupratorum*.

En seguida los recurrentes le achacan al Tribunal haber cometido error de hecho al dejar de ver en el proceso la prueba de la mencionada excepción, como quiera que aparece demostrado con los testimonios rendidos por Francisco Antonio Agudelo, David María Valencia, Carlos Enrique Zamora, Pablo José Granada, María Dolores Flórez, Luis Horacio Posada, Jesús Gallén, Oliva de Jesús Correa y Odilia Vélez Muñoz, a pesar de algunas pequeñas deficiencias en puntos no sustanciales, que durante el tiempo en que debió ocurrir la concepción del demandante, Liria Pérez tenía trato carnal "no con un solo hombre sino con varios, por lo cual brota la prueba plena de la *exceptio plurium constupratorum*".

Y para llegar a la conclusión precedente, los recurrentes destacaron lo que consideraron del caso de las declaraciones rendidas por los citados testigos, por lo que rematan la acusación reiterando el error de hecho cometido por el *ad quem*, que lo llevó a dejar de reconocer la mencionada excepción y, por ende, a quebrantar las normas sustanciales indicadas en la censura.

SE CONSIDERA

1. *La ley consagra, como presunción de paternidad natural, el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales por la época en que tuvo lugar la concepción, según la regla que sobre el particular contiene el artículo 92 del Código Civil, pudiéndose inferir tales relaciones del trato personal y social ocurrido entre la madre y el presunto padre apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.*

2. *Si las relaciones sexuales, según la época, en que acontecieron, conducen a la declaratoria de paternidad natural, con todo no habrá lugar a tal reconocimiento, si por otra parte y por la época en que según la ley se presume que pudo tener lugar la concepción del hijo, se demuestra ciertamente la pluralidad de relaciones de la mujer con hombres diferentes del supuesto padre, pues al efecto dispone el numeral 4 del artículo 6º de la*

Ley 75 de 1968, que no habrá lugar a la declaratoria de paternidad por relaciones sexuales, si se demuestra que por la misma época de presunción de la concepción, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres.

3. De suerte que la pluralidad de relaciones sexuales de la mujer o, en otros términos, la concurrencia de las mismas con hombre u hombres diferentes del presunto padre, configuran el medio de defensa adecuado para infirmar la presunción de paternidad basada en relaciones sexuales, fenómeno éste que la doctrina y la jurisprudencia han denominado la excepción de plurium constupratorum o plurium concubentium, medio este que se configura en la medida en que se demuestren con certeza los hechos siguientes: a) pluralidad de relaciones sexuales de la mujer con hombre u hombres diferentes del supuesto padre; b) que dichas relaciones hayan acontecido por la época en que se presume que ocurrió legalmente la concepción del hijo.

4. La demostración de los factores integrantes de la plurium constupratorum debe aparecer en el proceso de modo fidedigno, pues de lo contrario, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, es suficiente la menor duda en el punto, para que no le sea posible al juzgador dar por acreditada la mencionada excepción.

En efecto, ha sostenido la Corte lo siguiente:

“No basta, en consecuencia, para el efecto, que los testigos afirmen que la madre tuvo relaciones ‘más o menos’ en tal lapso o que den fe de ellas porque alguien ‘les contó su ocurrencia’ o porque las deducen del que aquella haya vivido en zona de tolerancia o atendido personalmente un establecimiento de cantina. Necesítase para reconocer la mentada excepción, que se demuestren a plenitud los hechos de los cuales el juez pueda llegar lógicamente al conocimiento de que el trato carnal ocurrió precisamente en la época en que la madre concibió, y no en tiempo posterior o anterior. Es suficiente la menor duda en el punto, para que no le sea posible al fallador acceder al reconocimiento de la excepción plurium constupratorum”. (Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1976, CLII, 514). “El inciso final del ordinal 4º del artículo 6º de la precitada Ley 75, como también lo hacía la 45 de 1936, consagra, con carácter de excepción suficiente para infirmar la presunción de paternidad basada en relaciones sexuales, el fenómeno tradicionalmente llamado plurium constupratorum; sólo que aquel estatuto agregó que la excepción aludida es ineficaz cuando se acredite que el demandado ‘por actos positivos acogió al hijo como suyo’.

“Mas, hoy como ayer, ‘las relaciones de la misma índole con otro u otros hombres’ de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, para enervar la declaración de paternidad, es cuestión que debe quedar establecida en el proceso de modo fidedigno; si no sale del marco de lo dubitativo para ingresar al de la certeza, no tiene virtualidad para desnaturalizar la presunción de paternidad”. (Cas. Civ. de 22 de septiembre de 1972, CXLIII, 170).

5. Descendiendo al caso de la *litis*, se tiene que el declarante Francisco Antonio Agudelo Bayer expresa, que a él le tocó ver charlando a Liria

Pérez con unos tipos cuando ella tenía unos 15 años de edad, concretamente con "Fideo" y "Bambalá", con "juegos fastidiosos", cogidos de las manos y, Juan Rodríguez era el que más la molestaba; que aunque a él no le consta, "que doña Liria tuviera mala conducta, Juancho, padre de ésta le decía 'que vivía muy aburrido de ver que la hija vivía con un tipo', sin decirle con cuál, agregándole, en otra ocasión, que dicha 'muchacha se entregó a una vida terrible'". Por su parte el testigo David María Valencia expresa que a Liria Pérez le gustaba salir a "parrandiar" con amigos del declarante, concretamente con Juan Rodríguez, con quien se comentaba "de que vivía con él", lo cual se lo corroboró al mencionado Rodríguez; que durante el tiempo que conoció y trató a Liria Pérez no la llegó a ver en estado de embarazo; que a él le tocó estar con Liria en "La Isla" unas dos o tres veces, como también en un sitio denominado "El Aguacate", un grill; que le tocó llevarla a otro sitio denominado "Taparcal", cuando ella iba con otros amigos que llamaban "Bambalá", "Caranga" y "Fideo", con quienes se comentaba que tenía relaciones sexuales, pero que él nada vio; que el declarante tuvo relaciones sexuales con Liria Pérez, en el año "cuarenta y cuatro o cuarenta y cinco", mas luego sostiene que rectifica, porque "no fue en esa fecha como dije, eso fue con el tiempo, no se decir la fecha, ella ya estaba adulta, yo la conocí joven pero cuando eso sucedió ya ella estaba madura, no recuerdo la fecha". El declarante Carlos Enrique Zamora cuenta que Liria Pérez tenía mucha amistad con los choferes; que vivió con David Valencia, Toño Dávila, Manuel Hernández y Juan Rodríguez, lo cual le consta porque andaba con ellos y les hacía mandados añadiendo que lo que le consta era porque él "los veía aquí en la plaza o ahí donde era el cuadradero de los carros aquí en Belén", puesto que "si uno ve una persona en el día y en la noche sale en un carro, es a parrandiar ah, ah sí"; que Liria Pérez convivió con los mencionados señores en "casa aparte"; que el declarante se fue a vivir a la vereda Santa Emilia desde 1946 hasta 1949 y luego regresó a vivir a Belén de Umbría; que le consta que Liria Pérez iba al sitio denominado "La Isla", porque "al ver una persona montar en un carro era para 'La Isla' o 'La Virgina' porque pa' donde se iba uno a pasiar más fácil si cuando eso no había carretera; ellos se montaban en un carro y que más podía decir uno que se iban a parrandiar, pero yo no los acompañaba"; que de las fechas en que convivió con las personas mencionadas "no le pongamos, que de las fechas si no me acuerdo"; que le consta "que vivió con David y que tuvo relaciones con los otros choferes... Pero me va decir si uno se monta en un carro y se va a lo que va a hacer, uno no se puede ir detrás, uno no se puede ir con ellos. A ellos no los vi aquí mejor dicho pero por allá"; finalmente expresa el declarante que vio a Liria con el difunto Toño Dávila en un hotel. Sobre este declarante como sobre el anterior, el Juzgado deja constancia sobre la carencia de claridad. Pablo José Granada, en términos generales expresa que la gente comentaba que Liria Pérez vivía con Angel María Cortés, comentario que se hizo en el año 45; que ella era "parrandiadora, tomadora de trago y eso lo vi"; que vio a Liria en embarazo en el año de 1945 o en el de 1946, pero no sabe de quién; que él se fue en el año de 1946 para Mistrató y regresó en 1948; que le tocó verla andando y bebiendo, pero, no le consta de las relaciones sexuales; que le tocó verla con Pedro Granada, con Angel María Cortés, con David Valencia, con un Rodríguez.

6. Con el anterior grupo de declarantes, que se refieren a las salidas en carro con amigos, parranda, licor, trato "fastidioso con amigos", asistencia a estaderos o cantinas y orgía en que se desenvolvía la vida de Liria Pérez, no se puede ignorar que no afirman, con la precisión, claridad y certeza requeridas, que por la época en que ocurrió la concepción del demandante (5 de septiembre de 1945 a 3 de enero de 1946), la mencionada Liria tuvo relaciones sexuales con personas diferentes de Carlos Arturo Bolívar y, por demás, se trata de versiones confusas y contradictorias, lo que permite concluir que no se pone de manifiesto o en evidencia el yerro fáctico en que pudo incurrir el Tribunal. Y menos aparece el yerro con los testimonios rendidos por Horacio Posada, Jesús Guillén, Oliva de Jesús Correa, Odilia Vélez, porque fuera de ofrecer las mismas deficiencias señaladas respecto del primer grupo de declarantes, resultan ser aún más imprecisas y menos convincentes.

7. Finalmente, cabe observar que a pesar de que el recurrente organice un mejor análisis de los medios de convicción, "más profundo o sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica y aún en el evento de que el nuevo estudio produjera vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza y no en la duda" (Cs. Civ. de 22 de febrero de 1984, aún no publicada).

Así las cosas, el cargo no prospera.

Cargo segundo.

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrato de los artículos 1, 4, numeral 4º, incisos 1º y 2º de la Ley 45 de 1936; 6, numeral 4º y 10 de la Ley 75 de 1968; 2, 4 y 9 de la Ley 29 de 1982; 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

En procura de demostrar el cargo, los recurrentes sientan las siguientes reflexiones:

a) Que plenamente demostrado y así lo acepta el demandante y lo afirmó el Tribunal en su sentencia, que Alberto del Socorro Bolívar nació en el área urbana del Municipio de Belén de Umbría y, así lo dice la copia del acta de nacimiento. No obstante, el registro civil de su nacimiento, con quebranto de la Ley 92 de 1938, reproducidas por el Decreto 1260 de 1970, se asentó ante el Notario del Círculo de Viterbo (Caldas) y no ante el Notario del Distrito Municipal donde nació, que era el único funcionario competente.

b) Que el demandante Alberto del Socorro Bolívar nació el 2 de julio de 1946, pero su registro de nacimiento se asentó el 1º de septiembre del mismo año, es decir, 59 días después de ocurrir tal hecho.

c) Que así las cosas, aparecen dos graves defectos que le quitan todo valor probatorio al registro civil del nacimiento del demandante, "por lo cual queda sin piso la prueba de que es hijo de Liria Pérez, y, por tanto, de la identidad de la madre del demandante con la persona de quien se

dice se tuvieron las relaciones sexuales que se atribuyen” a Carlos Arturo Bolívar Guevara.

d) Que lo que alega no es un medio nuevo en casación, porque fue alegado en la segunda instancia, a pesar de lo cual el Tribunal pasó en silencio sobre tal punto, que de haberlo tenido en cuenta, hubiera cambiado radicalmente la decisión.

e) Que el certificado notarial y la copia civil de nacimiento de Alberto del Socorro carecen de valor probatorio porque no llenan los requisitos sustanciales exigidos por las normas legales vigentes para cuando fueron extendidos. En efecto, disponía el artículo 350 del Código Civil, regla repetida en el 385 *ibidem*, lo mismo que el artículo 103 de 1939, que el aviso de nacimiento de todo niño “debía darse al ‘notario respectivo’, es decir, al que tenía competencia en el lugar en el que había ocurrido, ‘dentro de los ocho días siguientes’ al nacimiento. Para cuando se dejaba pasar este término perentorio de 8 días, la Ley 92 de 1938 en su artículo 13 y el Decreto 103 en el 42, disponían que el registro civil del nacimiento sólo podía hacerse después de que el interesado probara ese hecho con declaraciones rendidas ante Juez con audiencia del Ministerio Público. Como fue mientras regía el Código Civil en la materia (Arts. 346 a 395), como lo fue durante la vigencia de la Ley 92 de 1938 y del Decreto 103 de 1939, y como lo es hoy vigente el Decreto 1260 de 1970, las pretensiones de autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en el registro del estado civil sólo pueden predicarse de las inscripciones llevadas a cabo ‘en debida forma’ conforme a lo dispuesto en la ley”.

f) Que por tanto, ni la copia del acta de nacimiento ni el certificado a que se refiere éste, se presumen auténticos y puros, por cuanto el registro de nacimiento de Alberto del Socorro no se hizo dentro del término legal, ni ante funcionario competente. Por demás, el certificado expedido por el Notario de Viterbo no contiene los requisitos sustanciales del artículo 115 del Decreto 1260.

g) Que los mencionados documentos resultan ser nulos, por mandato del artículo 104 del decreto antes mencionado.

h) Que de lo anterior se desprende que el Tribunal cometió el yerro de valoración reseñado, que lo llevó a dar por acreditado que Liria Pérez es la madre del demandante, que ella es la misma mujer con quien se dice tuvo relaciones sexuales el supuesto padre del actor y que éste nació el 2 de julio de 1946.

Cargo tercero.

Por esta denuncia quebranto de los artículos 1º y 4º (Incs. 1º y 2º del numeral 4) de la Ley 45 de 1936; 6º (incisos 1º y 2º del Num. 4) y 10 de la Ley 75 de 1968; 2º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982; 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia del yerro de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación del certificado notarial y la copia del registro de nacimiento del demandante, que ponen de presente y, así lo confirma la demanda, que Alberto del Socorro Bolívar, a pesar de haber nacido en el Municipio de Belén de Umbría el 2 de julio de 1946, su registro o inscripción de nacimiento se hizo ante el Notario de Viterbo y

por fuera del término legal, o sea, que no vio la incompetencia del funcionario y la extemporaneidad de la inscripción.

SE CONSIDERA

1. *Por la trascendencia que tiene el estado civil de las personas, fundamentalmente en las relaciones de familia y en la sociedad, la legislación colombiana de antaño y de ahora, siempre ha procurado que los hechos y los actos que lo constituyen se encuentren revestidos de seguridad y estabilidad, por lo que tales hechos y actos los ha sometido a un régimen de registro y de prueba de carácter especial, que por ende difiere del sistema probatorio a que están sometidos los actos de contenido meramente patrimonial. De ahí, sostiene con acierto la doctrina, que, en materia de estado civil, sean de aplicación preferente y estricta las normas que consagran los medios específicos para demostrarlo, y cuya reglamentación legal en el punto, desde la expedición del Código Civil hasta hoy, haya procurado, por la variedad de exigencias y detalles, la verdad en cada caso.*

2. *Examinando el régimen legal que tiene que ver con el estado civil y su prueba, que ha existido en el país, dijo la Corte en Sentencia de 9 de marzo de 1942, lo siguiente: "La trascendencia del estado civil y de todo lo concerniente a él, comenzando por las pruebas de los hechos que lo constituyen o de que se deriva, ha determinado siempre en las diversas legislaciones, sistemas de la más severa minuciosidad y la acucia, en busca de la mayor seguridad posible sobre la autenticidad de esas pruebas y su ajustamiento a la verdad en cada caso. Así se encuentra en aquellas múltiples disposiciones hasta sobre pequeños detalles como el modo de salvar raspaduras y enmendaduras, o la prohibición de usar abreviaturas, de dejar blancos, de expresar en números y no en letras las cifras del caso, y también la fijación de términos, en lo general brevísimos, para extender las actas" (LIII, 101).*

3. *Siempre se ha ocupado la legislación de señalar los funcionarios a quienes se les ha atribuido la facultad de llevar el registro del estado civil de las personas, como el tiempo dentro del cual los interesados deben suministrar los respectivos datos para el registro, así como las diligencias que se deben cumplir, pasados los términos, para obtener el registro, por ejemplo, de nacimientos.*

4. *Ciertamente, desde el sistema del Código Civil, con la variante introducida por la Ley 57 de 1887, las copias auténticas de las partidas del estado civil, expedidas por los funcionarios a quienes la ley les asignó esa atribución, han constituido la prueba del respectivo estado civil, en una época llamada principal y, actualmente, la única.*

5. *Ahora bien, en el territorio nacional, en los municipios donde hay notario, si allí han ocurrido los hechos o actos constitutivos del estado civil, se le ha encomendado a este funcionario llevar el registro de ese estado, por lo que no pueden los interesados elegir ad libitum el funcionario, sino acudir al que legalmente le corresponde el registro del estado que se pretende.*

6. Previendo el legislador que se vencieran los términos establecidos por la ley para efectuar el registro del nacimiento de las personas, desde el régimen del Código Civil se reglamentó lo atinente a la inscripción extemporánea, exigiendo en ese entonces acreditar, ante el funcionario competente, la ocurrencia del hecho, con determinación de la fecha o, por lo menos, del mes y año (Art. 377 del C. C.). Posteriormente, bajo la vigencia de la Ley 92 de 1938 se estableció, con criterio más exigente, que quien pretendiera el registro de nacimiento de una persona, por fuera de los términos legales, era preciso que acreditara el hecho con prueba testimonial rendida ante juez competente, con audiencia del Ministerio Público (Art. 13 de la Ley 92 de 1938; 42 del Decreto 1003 de 1939, 4º del Decreto 1135 de 1940). Y el estatuto vigente, sobre el particular expresa que "cuando se pretenda el registro de un nacimiento fuera del término prescrito, el interesado deberá acreditarlo con documentos auténticos, o con copia de las actas de las partidas parroquiales, respecto de las personas bautizadas en el seno de la Iglesia Católica o de las anotaciones de origen religioso correspondientes a personas de otros credos, o en últimas, con varios testimonios rendidos ante el Juez Civil, de personas que hayan presenciado el hecho o hayan tenido noticia directa y fidedigna de él, con expresión de los datos indispensables para la inscripción. Los documentos acompañados a la solicitud oral de inscripción se archivarán en carpeta con indicación del Código del folio que respaldan".

7. El antecedente legislativo reseñado pone de manifiesto que desde el siglo pasado se ha reglamentado y luego perfeccionado con enmiendas subsiguientes, el sistema del registro del estado civil pasados los términos, medio al cual se debe acudir cuando se está en presencia de esa singular situación, que dada la naturaleza de las normas que rigen en el punto, no pueden ser subestimadas, ni por los funcionarios encargados de llevar el registro de dicho estado, ni por los particulares interesados en el mismo.

8. En la especie de esta litis se tiene que el demandante, como lo exterioriza la prueba, nació el 2 de julio de 1946, en el Municipio de Belén de Umbría, mas el registro de tal hecho se hizo en la Notaría del Municipio de Viterbo (Caldas) el 1º de septiembre del mismo año, o sea, pasados los términos y, sin acudir al sistema del registro extemporáneo, vigente a la sazón.

9. Ante esta situación y aunque pudiera asistirle razón al recurrente en la acusación planteada, la sentencia del *ad quem* no podría ser quebrada, por lo que pasa a explicarse.

a) Dentro de la enumeración de las presunciones de paternidad natural que contempla el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, se encuentran como tales las relaciones sexuales ocurridas entre el presunto padre y la madre por la época en que, según la ley, pudo tener lugar la concepción (ordinal 4º), así como el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto (Ord. 5º), como también la posesión notoria del estado de hijo (Ord. 6º).

b) Si la pretensión se funda en esta última presunción, no se requiere demostrar quién es la madre y, algo más, ni siquiera identificarla porque en tal evento la paternidad se infiere del hecho de que el presunto padre

haya dado al pretendido hijo el tratamiento de tal y, por ende, no se advierte en qué sentido podría tener importancia aportar la demostración de maternidad. Así lo tiene sentado la Corporación en numerosos fallos (Cas. Civ. de 11 de agosto de 1954, LXXVIII, 295; 29 de enero de 1962, XCVIII, 12; 2 de septiembre de 1964, CVIII, 229; 5 de febrero de 1970, CXXXIII, 48; 12 de enero de 1977, no publicada). No ocurre lo propio respecto de las otras presunciones señaladas, porque en el evento de que la acción de investigación de la paternidad natural venga fundada en las relaciones sexuales "entre el presunto padre y la madre" del demandante o, también, en el "trato personal y social dado por el presunto padre a la madre del actor durante el embarazo y parto", en uno y otro caso se requiere determinar y comprobar quién es la "madre" del promotor de la litis.

c) Para probar quién es la madre con quien el supuesto padre, tuvo relaciones sexuales y la fecha de parto, la prueba más atendible sería la copia del registro civil o el certificado notarial correspondiente. Empero, no se puede afirmar que tal prueba documental sea única para demostrar aceptablemente tales hechos, puesto que bien pueden establecerse con otro linaje de pruebas, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte.

Al efecto, en sentencia de 29 de noviembre de 1982, expresó la Corte en caso similar:

"Si el demandante, como no es infrecuente, se limita a probar que la persona a quien demanda como padre natural tuvo relaciones sexuales con determinada mujer y olvida probar que estos actos íntimos se llevaron a cabo durante la época de su concepción y con la propia persona de su madre, entonces no puede salir airoso en la causa de filiación natural, pues la presunción de paternidad no tiene como apoyo la existencia de simples relaciones sexuales, sino que estas hayan tenido lugar con 'la madre' del demandante y que ocurran 'en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción'.

"Es también ajustado a la más sana doctrina jurisprudencial sostener que la más sencilla prueba, que, por otra parte, es de un gran poder de persuasión, para probar la maternidad y la fecha del parto, está constituida hoy por la copia del registro civil de nacimiento o por el correspondiente certificado notarial, expedido con base en él. Pero sería un dislate jurídico afirmar que la maternidad, ésto es el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, o el hecho de en qué momento ocurrió el parto, sólo puedan probarse con la copia o el certificado antedichos. Como quiera que uno y otro son sucesos de la vida diaria, de ocurrencia normal y frecuente, son episodios que pueden también ser probados con otras pruebas que lleven al juez al convencimiento de su acaecer. Y entre las mismas partes litigantes han de tenerse como acreditados con la confesión de aquél frente a quien se afirman.

"Es preciso no olvidar que una cosa es el estado civil y otra muy distinta los hechos o actos constitutivos del mismo. El primero, por disposición expresa de la ley, sólo puede acreditarse hoy mediante la copia de la respectiva partida a folio o con el certificado notarial correspondiente; pero cuando se trata, ya no de probar el estado civil mismo, sino el hecho de que la mujer que dio a luz a una determinada persona, es la misma que durante la época de la concepción de ésta, tenía convivencia carnal con el

presunto padre demandado, entonces tal circunstancia puede ser plenamente acreditada tanto con prueba testimonial como con prueba de confesión, pues ya no se trata de comprobar un estado civil, como antes se dijo''. (T. CLXV, 327).

d) *Ahora bien, si la parte demandada a lo largo del proceso ha aceptado e insistido en que el demandante nació en Belén de Umbría el 2 de julio de 1946 y, fundándose en tales hechos, ha sostenido en las instancias y en el recurso extraordinario que, por haber sucedido así, su registro fue extemporáneo y ante funcionario incompetente, se tiene que ha quedado establecido el nacimiento y la identificación de la madre del promotor de la litis. Por demás, un grupo de testimonios confirman la ocurrencia de tales hechos.*

Lo dicho permite concluir que los cargos no prosperan.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la Sentencia de 21 de marzo de 1985, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Sin costas. (Art. 375 del C. de P. C.).

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CONSULTA

Reconstrucción del expediente.

De acuerdo con el artículo 1º, regla cuarta del Decreto 3829 de 1985, si no se solicita oportunamente la reconstrucción del expediente destruido, se entiende confirmada la sentencia que se encontraba en la Corte para efectos de Consulta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 30 de julio de 1986.

El apoderado de la demandante en el proceso abreviado promovido por Marta Magdalena Agudelo Ossa contra Eusebio Patiño López, solicita la confirmación de la sentencia de 15 de febrero de 1985 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que lo decidió en primera instancia, y se encontraba en consulta en la Corte cuando ocurrieron los hechos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985 donde fue destruido el expediente.

Señala el Secretario del Tribunal Superior de Medellín que el proceso fue enviado a la Corte el 17 de abril de 1985 para surtir la consulta y desde entonces no ha regresado. Así mismo la Secretaría de la Sala de Casación Civil informa que no aparece presentada la solicitud de reconstrucción de dicho proceso abreviado.

El artículo 1º, regla cuarta del Decreto 3829 de 1985, dice que si no se formula la solicitud de reconstrucción de expedientes relativos a consultas... dentro del término de cuatro meses contado a partir del primero de febrero de 1986 por los respectivos interesados, "la sentencia objeto de la consulta se entenderá confirmada".

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,

DECIDE

ENTIÉNDESE CONFIRMADA la sentencia proferida el quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso abreviado de Marta Magdalena Agudelo Ossa contra Eusebio Patiño López.

Envíese la presente actuación al Tribunal Superior de Medellín para los efectos legales pertinentes.

Notifíquese.

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

LA EVICCIÓN

Obligaciones del vendedor, cuando ocurre la evicción y en especial lo atinente al pago del aumento del valor que haya tomado la cosa evicta en poder del comprador, y de los frutos producidos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 13 de agosto de 1986.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de marzo de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Bogotá* en el proceso ordinario adelantado por *Lázaro Muñoz Rodríguez* contra *Alfredo Pulido Pulido*.

ANTECEDENTES

I. Ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá solicitó el mencionado demandante que con audiencia del referido demandado, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

“*Primero*. Se condene a Alfredo Pulido Pulido, a pagarle al señor Lázaro Muñoz Rodríguez, por concepto de indemnización de perjuicios provenientes de la evicción del camión de placas FA 97-98, marca Ford, cuyas características especiales más adelante se determinan, y que el demandante había adquirido por compra al demandado, perjuicios que se concretan así:

“a. Por daño emergente, la suma de quinientos mil pesos (\$ 500.000) moneda corriente, o lo que en juicio se demuestre, correspondiente al valor comercial del camión, en el momento en que fue decomisado por presunción de contrabando.

“b. La suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda corriente, diarios o la cantidad que en juicio se concrete, por concepto de lucro cesante y perjuicios moratorios, que se han causado desde la fecha del decomiso del automotor, hasta cuando se produzca el pago total del daño emergente.

“c. La suma de quince mil pesos (\$ 15.000.00) moneda corriente, por concepto de gastos efectuados en la formalización del contrato de compraventa del camión aludido, así como los de traspaso y viajes que se hicieron con tal fin.

“d. La suma de cien mil pesos moneda corriente, correspondientes a los honorarios profesionales que don Lázaro Muñoz Rodríguez le pagó al suscrito apoderado (costas) por la representación dentro del proceso penal aduanero.

“Segundo. Se condene al demandado a pagar las costas del presente proceso”.

II. La *causa petendi* la hizo consistir el demandante en los hechos que a continuación se compendian:

a) El 23 de marzo de 1973, los litigantes celebraron un contrato de compraventa, mediante el cual Alfredo Pulido Pulido “vendió y transfirió” a Lázaro Muñoz Rodríguez el vehículo automotor, marca Ford, modelo 1960, color rojo, capacidad tres toneladas y media (3½), motor número F 35 COE-37356, con placas FA-9758.

b) El precio acordado fue ciento trece mil pesos (\$ 113.000.00), el que pagó el comprador, por lo que el vendedor gestionó y obtuvo en favor de aquel “el registro de propiedad del vehículo ante las autoridades de circulación y tránsito”.

c) Mas aconteció que el comprador permaneció en posesión de buena fe del referido automotor hasta el 27 de junio de 1978, día en el cual las autoridades de policía se lo decomisaron “por presunción de contrabando” y, luego de agotada la investigación penal correspondiente, el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá por sentencia de 11 de septiembre de 1979, “declaró de contrabando el vehículo anteriormente relacionado, disponiendo a la vez su remate por el Fondo Rotatorio de la Aduana. En esta misma providencia se sobreseyó en forma definitiva a... Lázaro Muñoz Rodríguez por haberse comprobado su absoluta inocencia en el ilícito”, providencia ésta que fue confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas mediante fallo de 10 de marzo de 1980 y, posteriormente, el vehículo automotor fue rematado por el Fondo Rotatorio.

d) En el proceso penal aduanero, el demandado Alfredo Pulido rindió declaración de indagatoria, en la que confesó haber vendido el automotor al aquí demandante, haber recibido íntegramente el precio acordado y haberle hecho el traspaso ante las autoridades de circulación y tránsito.

e) El demandante había destinado el vehículo a la movilización de ganado de los municipios vecinos de Bogotá a los centros de mercadeo y de sacrificio por lo que, a raíz “del decomiso definitivo del automotor” y con el fin de mantener el ritmo de tal actividad comercial, se vio precisado a alquilar otros vehículos, con un costo promedio diario de dos mil pesos (\$ 2.000.00).

f) Para la época en que el demandante fue privado del vehículo por las autoridades, éste tenía un valor comercial de quinientos mil pesos (\$ 500.000.00).

g) De otro lado, el demandante Lázaro Muñoz, con el fin “de legalizar a su nombre el registro del traspaso del vehículo, efectuó gastos equivalentes

a la suma de quince mil pesos (\$ 15.000.00), pues tuvo que hacer varios viajes en avión hacia la Costa Atlántica, gastos en los cuales se incluyeron los costos de pago de impuestos, pasajes, hoteles, etc.". Además, para atender al proceso penal aduanero, tuvo que pagar, por concepto de abogado, la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00).

III. El demandado respondió en el sentido de aceptar la mayoría de los hechos, de oponerse a las súplicas de la demanda y de formular las excepciones que denominó "de no exigencia de la evicción", "cobro de lo no debido", "preclusión del término para solicitar la evicción".

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 26 de junio de 1982, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes: "*Primero*. DECLARAR no acreditadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado. *Segundo*. CONDENAR al demandado Alfredo Pulido Pulido a pagar al demandante Lázaro Muñoz Rodríguez, la suma de ciento cuarenta y un mil doscientos cincuenta pesos (\$ 141.250.00) moneda corriente, por concepto de indemnización de perjuicios, provenientes de la evicción invocada. *Tercero*. CONDENAR al demandado en las costas del proceso".

V. Contra la resolución precedente, las partes interpusieron el recurso de apelación, lo que originó la segunda instancia, en la cual el demandante concretó su inconformidad a lo decidido por el *a quo* en los términos siguientes:

"El Juzgado Noveno Civil del Circuito de esta ciudad, por medio de Sentencia calendarada el 26 de junio de este año, condenó al demandado únicamente a pagar a mi cliente, la suma de ciento cuarenta y un mil doscientos cincuenta pesos moneda corriente, dentro de la cual se incluye el valor del precio al tiempo de la negociación, más una cuarta parte de éste, por aumento del mismo por causas naturales. Es decir, que sólo se tuvo en cuenta y aplicó el numeral primero del artículo 1.904 del Código Civil y el 1.907 *ibidem*.

"El *a quo*, ha debido también aplicar el artículo 1.906 del Código citado, que dispone que "El vendedor será obligado a reembolsar al comprador, el aumento del valor que provenga de las mejoras necesarias o útiles, hechas por el comprador...".

"Lo anterior por cuanto se probó en el proceso, que al vehículo objeto materia del contrato, mi poderdante le hizo reparaciones más que necesarias, por un costo de ciento dieciocho mil pesos (\$ 118.000.00). La prueba correspondiente la constituye la declaración del testigo Everardo Paro Acuña (Folio 8º Vto. cuaderno de pruebas parte actora), quien manifiesta categóricamente haber ejecutado las reparaciones por el costo indicado.

"Por consiguiente, la Sentencia debe reformarse, para adicionarse el monto de la condena, en la suma de \$ 118.000.00, solicitud que invoque muy comedidamente de la honorable Sala, por su digno conducto".

VI. Tramitada la segunda instancia, el Tribunal la ultimó con fallo de 4 de marzo de 1985, en el que se tomaron las decisiones siguientes:

Primero. CONFIRMARSE el numeral (1º) de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación, proferida en el ordinario de la referencia por el Juzgado Noveno Civil de este Circuito.

“*Segundo.* Según la parte motiva del presente fallo, REFORMARSE la citada sentencia así:

“A. CONDÉNASE al demandado Alfredo Pulido Pulido a restituir al demandante Lázaro Muñoz Rodríguez la cantidad recibida como precio del vehículo objeto de la compraventa, o sea la suma de ciento trece mil pesos (\$ 113.000.00) moneda corriente, con su respectiva corrección monetaria por efecto de la desvalorización de la moneda nacional;

“B. CONDÉNASE al actor Lázaro Muñoz Rodríguez a pagar al demandado Alfredo Pulido Pulido los frutos naturales y civiles producidos por el bien mueble objeto del proceso, durante el tiempo en que permaneció en su poder; con derecho aquél a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en su conservación durante el mismo lapso;

“C. Para regular el monto de las prestaciones a que se refieren los literales A y B anteriores, en los conceptos de: corrección monetaria, frutos naturales y civiles producidos por el vehículo y expensas invertidas en su conservación, procédase como indica el artículo 308 del Código de procedimiento Civil.

“D. No es el caso de hacer condenación en costas contra ninguna de las partes, en primera ni en segunda instancias, por lo dicho en la parte motiva de este fallo, quedando por lo mismo, revocado el numeral tercero (3º) de la parte dispositiva de la sentencia apelada”.

VII. Contra lo así decidido, sólo interpuso el recurso de casación la parte demandante, recurso del que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *ad quem*, luego de señalar que en el contrato de compraventa el vendedor contrae la obligación del saneamiento por evicción, y de precisar, cuándo acontece la evicción, cuándo cesa, a qué se obliga el vendedor en las ventas forzadas, cuáles son los efectos de las estipulaciones sobre saneamiento por evicción, indica enseguida los presupuestos de la mencionada acción, los que consisten: a) que el demandado haya vendido la cosa evicta a su demandante; b) que éste haya perdido total o parcialmente el dominio y posesión de la cosa objeto del contrato; y, c) que la cosa declarada evicta sea la misma que adquirió el comprador demandante.

A continuación el Tribunal enuncia lo que llama “los pasos encaminados a obtener una indemnización por parte del comprador en el evento de haber sido privado en todo o en parte de la cosa comprada, viciada de evicción”, de lo cual concluye que “examinados los medios probatorios aportados” ha quedado establecido “que el demandante recibió de su demandado el vehículo compravendido y ejerció actos de dominio y posesión sobre el mismo, por espacio de varios años, habiendo sido privado de su

posesión" el 27 de junio de 1978 y, luego aconteció la "declaratoria de contrabando del vehículo", según sentencias proferidas por el Juzgado Primero Superior de Aduanas y por el Tribunal Superior de Aduanas, lo cual conduce a que, sea que se tome esta decisión como sanción por delito o, como orden de venta forzada, de todos modos corre de cargo del Vendedor pagarle al Comprador el "precio que haya producido la venta".

A continuación el *ad quem* expresa que, así las cosas, la sentencia del *a quo* se ajusta parcialmente a la realidad procesal en cuanto define la reponsabilidad de indemnizar perjuicios a cargo del demandado respecto del saneamiento por evicción, mas no "en lo atinente al monto de esa indemnización que comprende, además del precio recibido por el vendedor, el aumento de la cuarta parte sobre dicho precio según la motivación del fallo del Juzgado", porque "en razón de que los elementos probatorios tenidos en cuenta para esa finalidad *carecen* de suficiente mérito en el campo probatorio, muy especialmente el *dictamen pericial* visto a folios 13 del cuaderno 2º rendido sobre ese punto y sobre el avalúo de los frutos, no reúne los requisitos exigidos por los artículos 23-6 y 241 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto *no está debidamente fundado*, ya que los peritos se limitan a señalar unos guarismos como avalúo de perjuicios en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, sin explicar y motivar con precisión y claridad la razón de ellos" y, por demás, las fotocopias que obran en el proceso, no se expidieron con sujeción a las exigencias legales (Arts. 115, 253 y 254 del C. de P. C.), ya que no fueron expedidas por el funcionario público en cuya oficina se encuentra el original.

De lo expuesto concluye el Tribunal que "la sentencia apelada deberá reformarse en el sentido de condenar al demandado a restituir al actor la suma recibida como precio de la cosa evicta con su respectiva corrección monetaria; y como resultado propio de no ser posible la restitución del bien al vendedor, se impone condenar al actor a la devolución de los frutos naturales y civiles durante el tiempo en que permaneció el vehículo en su poder, con derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en su conservación".

Por último expresa el *ad quem* que en cuanto las costas del proceso, no habrá lugar a condena, en atención a lo preceptuado por el numeral 5 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los tres primeros por la causal inicial y el restante por la segunda, de los cuales se estudiará prioritariamente el último, por tratarse de un yerro *in procedendo*.

Cargo cuarto.

Acusa la sentencia del Tribunal de no estar en consonancia con las súplicas de la demanda, pues habiéndose pedido en ella que se condénase al demandado a pagar al demandante los gastos efectuados por la formali-

zación del contrato de compraventa del automotor, el *ad quem* no hizo pronunciamiento en el punto.

SE CONSIDERA

1. Expresamente señala la legislación que la “sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código —el procesal— contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (Art. 305 del C. de P. C.).

2. El postulado legal precedente está indicando que los fallos que profieran los juzgadores deben ser congruentes, esto es, que debe existir una estrecha armonía entre lo decidido en ellos y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Por tanto, la sentencia resulta ser incongruente, cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia (*extra petita*); o cuando resuelve más allá de lo pedido (*ultra petita*); o, también, cuando deja de decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (*mínima petita*).

3. En la especie de esta litis se tiene que si bien el Tribunal específicamente no se refirió a la súplica de la demanda distinguida con la letra “c”, el *ad quem* no incurrió en el yerro *in procedendo* que la censura le achaca en el cargo, porque la parte demandante consintió con la negativa que hizo el *a quo* de tal petición, al haber limitado el recurso de apelación por ella propuesto a que el Superior reformara y adicionara el fallo impugnado en el sentido de condenar al demandado a pagarle al demandante la suma de ciento dieciocho mil pesos (\$ 118.000.00), por concepto de las mejoras necesarias hechas por éste en el automotor, apoyándose en lo que expresa el artículo 1906 del Código Civil. De suerte que no tenía por qué el Tribunal decidir sobre un punto, que, a pesar de serle desfavorable al recurrente, éste consintió.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo primero.

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 1895, 1904 ordinales 1º, 2º, 4º y 5º; 1906 y 1907 del Código Civil, por falta de aplicación; 1908 del Código Civil, por aplicación indebida.

Una vez que el censor transcribe los mencionados preceptos y expresa que en las sentencias de primera y segunda instancia se dieron por establecidos los presupuestos del saneamiento por evicción, ha debido entonces condenarse al demandado, no solamente a “la restitución del precio recibido con su respectiva corrección monetaria... sino también al valor de las costas o gastos efectuados por Lázaro Muñoz en la realización del contrato y el registro de la transferencia de propiedad ante las autoridades de Circulación y Tránsito de la Costa Atlántica (numeral 2º, Art. 1904), más el valor de los gastos y costas causadas por el comprador Lázaro Muñoz como consecuencia y por efecto de la detención y defensa que tuvo que asumir

con asistencia del apoderado, dentro de todo el proceso penal aduanero (Num. 4º Id.), y, finalmente, más el aumento del valor del camión evicto, operado en poder del comprador Muñoz Rodríguez (Num. 5º Id.), tanto por las mejoras necesarias en él invertidas (Art. 1906), como por efectos del transcurso del tiempo y la misma desvalorización de la moneda que es una causa natural, sin la limitación de lo que excediere de la cuarta parte del precio, puesto que se probó la mala fe del vendedor (Declaración de contrabando del vehículo. Art. 1907 C. C.).

En seguida el recurrente añade que el Tribunal, en lugar de aplicar los preceptos anteriormente señalados, aplicó indebidamente el artículo 1908 del Código Civil, que contempla una situación completamente diferente, como quiera que no se debe confundir el remate que efectuó la aduana con posterioridad a la evicción con la venta que hizo Alfredo Pulido a Lázaro Muñoz del vehículo automotor que resultó evicto.

Más adelante el recurrente, una vez que transcribe un pasaje del fallo del Tribunal donde considera que se aplicó indebidamente el artículo 1908 del Código Civil, expresa que si el Tribunal hubiera aplicado las normas que dejó de aplicar, habría condenado al demandado Pulido a pagarle al demandante lo siguiente: a) La suma de cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$ 450.000.00), valor comercial del automotor, que fue establecido en el proceso, "porque había que tomarse no solamente el precio recibido por el demandado en el momento en que hizo la venta (\$ 113.000.00), sino también el aumento de valor que el camión tomó en poder de Lázaro Muñoz, mayor valor derivado de las mejoras necesarias y útiles (Num. 5º, Art. 1.904 y Art. 1.906 C. C.) que en él hizo, más lo que por concepto de la misma desvalorización de la moneda había aumentado naturalmente en el momento en que fue evicto, 'sin la limitación de lo que excediere de la cuarta parte del precio de la venta', por cuanto al haberse probado el delito de contrabando, con ello se estableció la mala fe del demandado vendedor y, por tanto, de acuerdo con la prueba pericial, la condena debió haber sido por cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$ 450.000.00), con corrección monetaria, hasta que se realice el pago. b) El valor de quince mil pesos, con corrección monetaria, por concepto de 'costas y gastos' efectuados por el demandante 'para legalización del contrato y registro del traspaso'. c) La suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00), con corrección monetaria, por concepto de 'costas y gastos que tuvo que efectuar el demandante' para 'afrentar el proceso penal aduanero'".

Cargo tercero.

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto del artículo 1.904, ordinales 4º y 5º del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

En el desarrollo del cargo el recurrente expresa que el Tribunal al examinar las copias atinentes al proceso penal aduanero, confundió las copias de documentos con las copias de un proceso, pues respecto de las primeras se deben cumplir las exigencias del artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, es decir, autenticadas por notario o juez, previo el respectivo cotejo, y respecto de las segundas, deben ajustarse a lo previsto

por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y, de conformidad con estas exigencias “fueron expedidas las fotocopias” que obran en el proceso.

Luego el recurrente señala que no es lógico que los juzgadores de las instancias hubieren tenido por probada la evicción con tales copias, “y sin embargo para resolver lo concerniente a la causación de las costas (gastos y honorarios) del dicho proceso penal no fueron tenidas en cuenta”.

A continuación la censura se ocupa de la prueba pericial y en el punto expresa que el Tribunal desacertó en el examen de la misma al concluir que el dictamen no se encontraba debidamente fundado, “lo cual no es cierto porque los peritos, al rendir su dictamen, apoyaron su decisión en las declaraciones rendidas dentro del mismo proceso por los señores Everardo Pardo Acuña, Aristóbulo González y Luis Acosta Aguilera”, y, por demás, no fue objetado por las partes, es preciso y la calidad de los peritos es indiscutible por tratarse de personas expertas en la materia y formar parte de la lista de auxiliares de la justicia, que se supone son personas idóneas.

El recurrente remata el cargo insistiendo en el quebranto de la norma sustancial, a consecuencia del yerro de valoración apuntando y observando que el Tribunal, fuera de que limitó la condena por daño emergente, no hizo la condena solicitada en la letra D de las súplicas de la demanda.

SE CONSIDERA

1. *Según la ley, el vendedor está obligado a “amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida”, o sea, que corre de su cargo: a) Defender al comprador de la agresión de derechos de terceros que pretendan alegar sobre la cosa; y b) indemnizarlo, cuando el comprador es privado de todo o parte de la cosa, por sentencia judicial (artículos 1893, 1894 del C. C.).*

2. *En este último evento, es decir, cuando se realiza la evicción, el vendedor está obligado a lo siguiente: a) A la restitución del precio, aunque la cosa al tiempo de la evicción valga menos (Art. 1904, Ord. 1º del C. C.). Empero, aclara la ley, si el menor valor de la cosa proviniere de deterioros de que el comprador ha sacado provecho, se hará el debido descuento en la restitución del precio (Art. 1905 del C. C.); b) Al pago de las costas legales del contrato que hubieren sido satisfechas por el comprador (Art. 1904, ordinal 2º del C. C.); c) Al pago del valor de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1902 (Art. 1904 Ord. 3º del C. C.); d) Al pago de las costas que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda (Art. 1904, Ord. 4º del C. C.); y e) Al pago del aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador aun por causas naturales, o por el mero transcurso del tiempo (Art. 1904, Ord. 5º del C. C.).*

3. *Respecto de la última regla enunciada, atinente al pago del aumento del valor que haya tomado la cosa evicta en poder del comprador, hay que tener en cuenta estas dos hipótesis: 1º Que el aumento de valor provino de causas naturales ó del simple transcurso del tiempo; y, 2º Que el aumento*

de valor provino de las mejoras efectuadas por el comprador. Y, en uno y otro evento, se debe tener en cuenta, también, la buena o mala fe con que actuó el vendedor.

4. Así las cosas, si el aumento se registra dentro de la órbita de la primera hipótesis y el vendedor hubiere obrado de buena fe al vender, éste no está obligado a abonarle al comprador el mayor valor que exceda de la cuarta parte del precio de la venta; por el contrario, si el vendedor hubiere actuado de mala fe, estará obligado "a pagar todo el aumento del valor, de cualesquiera causas que provenga" (Art. 1907 del C. C.). Y si el aumento se ocasiona con motivo de la segunda hipótesis y el vendedor ha obrado de buena fe, deberá abonar el valor proveniente de las mejoras necesarias y útiles que hizo el comprador y que no hayan sido abonadas por el que obtuvo la evicción (Art. 1906, Inc. 1º del C. C.); pero si el vendedor actuó de mala fe, deberá reembolsar aun las mejoras voluptuarias (Art. 1906, Inc. 2º del C. C.).

5º Lo anteriormente expuesto se refiere y, por ende, tiene su campo de aplicación respecto de las ventas voluntarias, pues en tratándose de ventas forzadas efectuadas por autoridad de la justicia, como las que acontecen en los procesos de ejecución, el vendedor en tal evento sólo es obligado a la restitución del precio que haya producido la venta efectuada en esas condiciones, como quiera que la ley establece que en "las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia, el vendedor no es obligado, por causa de la evicción que sufre la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta" (Art. 1908 del C. C.). No se refiere esta regla a las ventas voluntarias efectuadas por autoridad de la justicia, porque éstas quedan sometidas a las pautas generales sobre saneamiento por evicción.

6. Hechas las anteriores precisiones doctrinales, los cargos no prosperan, por lo que pasa a señalarse:

a) Aunque el fallo del *ad quem* no es un modelo de claridad y precisión y, así hubiera hecho una referencia al artículo 1908 del Código Civil y a los alcances del mismo, lo cierto fue que no se aplicó, porque para no concederle el aumento de valor del precio de la cosa evicta limitado a la cuarta parte, obedeció a la deficiencia probatoria, concretamente a que el dictamen rendido por los peritos en el punto "no está debidamente fundado, ya que... se limitan a señalar unos guarismos como avalúo de perjuicios en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, sin explicar y motivar con precisión y claridad la razón de ellos". A esta conclusión, el Tribunal suma la de que las "fotocopias obrantes a folios 3 a 25 del primer cuaderno... se agregaron... sin cumplimiento —en su expedición— de los requisitos exigidos por los artículos 115, 253 y 254 del mismo Código Procesal... ya que no aparecen ordenadas ni autorizadas por el funcionario público".

b) Que así las cosas, el Tribunal, al no aplicar el artículo 1908 del Código Civil, no pudo quebrantar este precepto por aplicación indebida.

c) Que cuando la acusación, montada por la causal primera, se ataca la sentencia en el sentido de que el dictamen de los peritos sí es lo suficientemente fundado, claro, preciso y, por ende, desacertó el *ad quem* al no percibir en tal prueba dichos factores, el yerro en tal hipótesis es de hecho

y no de derecho, como lo sostiene la jurisprudencia de la Corte (Cas. Civ. de 6 de febrero de 1965, CXI, 57; 24 de febrero de 1972, CXLII, 66).

d) Que en lo atinente a la apreciación de las copias, ciertamente éstas no se expidieron conforme a la ley y, por tal virud, el Tribunal no cometió el yerro de valoración en el preciso punto en que se combate tal apreciación.

e) De otro lado, cabe observar que el aquí recurrente, al consentir las decisiones tomadas por el *a quo*, salvo en cuanto no le reconoció el valor de las mejoras por él introducidas a la cosa evicta, no está legitimado para impugnar el fallo del *ad quem* y pedir que se le reconozcan valores que se le denegaron en el fallo de primer grado y consintió con tal denegativa, como el rechazo que se hizo del valor de las costas del contrato de compraventa y de los gastos de defensa en el proceso penal aduanero. Y si igualmente se conformó con la resolución del *a quo* de condena al demandado por la suma de \$ 141.250.00, *sin corrección monetaria* y el *ad quem* modificó ésta en el sentido de condenar al demandado a pagarle al demandante la cantidad de \$ 113.000.00, "con su respectiva corrección monetaria por efecto de la desvalorización de la moneda", se tiene que al hacer el ajuste correspondiente esta última condena y valor resulta serle muy superior a la primera, o sea, no aparece el perjuicio o agravio en el punto.

Lo dicho es suficiente para concluir que los cargos no prosperan.

Cargo segundo.

Lo presenta así: "El Tribunal, aplicó, indebidamente los artículos 964, incisos 1º y 2º y 965 del Código Civil".

En procura de demostrar el cargo, el recurrente expresa que las mencionadas normas se refieren a las prestaciones mutuas y, por ende, son aplicables para las acciones de reivindicación, nulidad, resolución, rescisión y, además en las acciones divisorias, pero no en las que se adelanten para reclamar los perjuicios derivados de una pretensión de saneamiento por evicción.

Luego destaca que es injusto que se premie al demandado vendedor con una cuantiosa suma (\$ 1.900.000.00), cuando fue él quien procedió a vender el automóvil que fue declarado de contrabando.

SE CONSIDERA

1. *En materia de pago de frutos de la cosa vendida y evicta, la ley no autoriza condenar al comprador a pagarle al vendedor suma alguna por concepto de frutos, sino a fenómenos diferentes, o sea, a pagarle al comprador el valor de los que éste hubiere sido obligado a restituir al dueño de la cosa evicta.*

2. *Por consiguiente, el Tribunal al haber condenado al comprador a pagarle a su vendedor el valor de los frutos durante el tiempo en que aquel tuvo la cosa en su poder, infringió las normas señaladas en la censura, por lo que habrá de casarse el fallo impugnado.*

3. *Empero, como el quiebre de la sentencia del ad quem, es sólo por el eficaz ataque que se le hizo, en cuanto condenó al demandante compra-*

dor de la cosa evicta a pagarle al vendedor demandado el valor de los frutos producidos por el automotor durante el tiempo que aquel lo tuvo en su poder, la sentencia de reemplazo habrá de reproducir todas las demás decisiones del Tribunal, por cuanto los cargos formulados contra éstas resultaron infundados, tal como quedó visto.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 4 de marzo de 1985, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando en sede de instancia,

RESUELVE:

Primero. Confírmase el ordinal primero (1º) de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. Refórmase la sentencia apelada, así:

A. Condénase al demandado Alfredo Pulido Pulido a restituir al demandante Lázaro Muñoz Rodríguez la cantidad recibida como precio del vehículo objeto de la compraventa, o sea la suma de ciento trece mil pesos (\$ 113.000.00), con su respectiva corrección monetaria por efecto de la desvalorización de la moneda nacional.

B. El demandante tiene derecho a que el demandado le abone el valor de las expensas necesarias introducidas por aquel en el automotor, durante el tiempo que permaneció en su poder.

C. Para regular el monto de las prestaciones a que se refieren las letras A y B anteriores, en los conceptos de corrección monetaria y expensas invertidas en la conservación del automotor, procédase en la forma señalada por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

D. No es del caso condenar en costas de las instancias a ninguna de las partes, quedando por lo mismo revocado el ordinal tercero (3º) de la parte dispositiva de la sentencia apelada.

Tercero. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

DOCUMENTO

Fotocopia.

Copia y reproducción mecánica o fotocopia, su autenticación y su valor probatorio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., 15 de agosto de 1986.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada en relación con la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doce (12) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), dentro del proceso ordinario entablado por la señora Lucrecia Villanueva Vda. de Ramírez, en frente de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la sociedad "Expreso Bolivariano S. A."

ANTECEDENTES

En demanda que le fuera repartida al Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, la señora Lucrecia Villanueva Vda. de Ramírez solicitó que con citación y audiencia de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y de la sociedad "Expreso Bolivariano S. A.", como demandados, se hicieran las siguientes declaratorias y condenas:

"1ª Que se condene a los demandados solidaria y conjuntamente por la muerte de Alirio Ramírez Polano, ocurrida el día 4 de febrero de 1980, cuando chocaron en el alto de Gualanday, un bus de Expreso Bolivariano con una locomotora del Ferrocarril.

"2ª Que se condene a los demandados a pagar lo siguiente:

"a) *Daño moral*. Dos mil (2.000) gramos oro. La determinación del valor de esta condena debe hacerse al momento del pago de acuerdo al (sic) precio del oro que determine el Banco de la República;

“b) *Lucro cesante*. La suma de tres millones cuatrocientos sesenta y dos mil cuatrocientos pesos (\$ 3.462.400.00) moneda corriente;

“c) *Daño emergente*. La suma de dieciséis mil ochocientos pesos (\$ 16.800.00) moneda corriente, por concepto de gastos de funeraria, ceremonia de entierro y demás gastos que se originaron por la muerte del esposo de mi cliente.

“3ª *Devaluación*. Solicito que en las condenas se tenga en cuenta la devaluación monetaria para determinar el valor real de las mismas.

“4ª *Condena en abstracto*. Subsidiariamente, en el evento de que no sea posible condenar de acuerdo a (sic) los perjuicios relacionados anteriormente, pido comedidamente al Juzgado que se dicte condena en abstracto, para que posteriormente, mediante procedimiento de peritos se regule el valor de los perjuicios.

“5ª Subsidiariamente solicito se condene a quien resulte responsable en este proceso”.

Las pretensiones transcritas tuvieron la *causa petendi* que a continuación se sintetiza:

Alirio Ramírez, quien contrajera matrimonio católico con la demandante el día 17 de mayo de 1975, murió en el accidente ocurrido en el “Alto de Gualanday” el día 4 de febrero de 1980, entre una locomotora de los Ferrocarriles Nacionales y un bus de “Expreso Bolivariano”, accidente del cual los primeros son responsables porque el sitio mencionado no tenía señalización, no obstante que existe ley que los obliga; en el lugar de los hechos no había advertencia sobre el peligro ni personal que impidiera la ocurrencia del accidente; y la locomotora carecía de luces y de pito. El Expreso Bolivariano también lo es por cuanto llevaba sobrecupo “y el conductor a pesar del conocimiento de los peligros que implicaba el cruce con los Ferrocarriles, no tomó las debidas precauciones”. Las actividades de uno y otro son “de riesgo, presumiéndose sobre los mismos su responsabilidad”.

Al momento de su muerte Alirio Ramírez Polanco contaba con 28 años de edad y devengaba \$ 8.200.00 mensuales como instructor de la Secretaría de Educación del Tolima. Es causahabiente suyo su esposa Lucrecia Villanueva Vda. de Ramírez.

Notificados los demandados, ambos respondieron oponiéndose a las pretensiones de la actora. Los Ferrocarriles Nacionales dijeron que en el “Alto de Gualanday” existe adecuada señalización y una visibilidad de más de trescientos metros sobre la carretera que le permite al conductor frenar, detenerse y asegurarse que la vía esté libre; ponen de presente que la prelación es de la vía férrea, y que en su favor existe lo que denominan “presunción legal de ausencia de culpa”. De su parte, “Expreso Bolivariano S. A.”, argumenta que el conductor del bus sí tomó las debidas precauciones, y que es la propia demanda la que lo absuelve, puesto que allí se dice que en el sitio del accidente no había señales y que la locomotora carecía de luces y de pito. Destaca también como en el libelo introductorio se manifiesta, que la muerte del “cliente” (sic) ocurrió por falta de

atención médica, ya que el conductor de la locomotora huyó del lugar de los hechos.

La sentencia de primera instancia declaró civilmente responsables a los demandados y los condenó a pagarle solidariamente a la actora tanto los perjuicios materiales como los morales, perjuicios que, en ambos conceptos, se liquidarían con sujeción al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo presente que los morales debían convertirse a la suma de pesos equivalente a mil gramos oro; y agregó que en la liquidación también tendría que incluirse la devaluación monetaria.

Las dos empresas demandadas apelaron del fallo anterior ante el Tribunal Superior de Bogotá, el que lo confirmó en su integridad, dando así lugar al recurso de casación que ahora se decide.

EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Empieza el Tribunal por reseñar los antecedentes del litigio y por examinar los presupuestos del proceso, para ubicar luego la pretensión de la actora dentro del artículo 2356 del Código Civil, conclusión que adopta después de anotar que “un mismo hecho puede generar acciones tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en el campo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana”, así como de transcribir apartes de una sentencia de la Corte en la que, entre otras cosas, se dice que “el sucesor universal de un pasajero muerto puede elegir entre la acción nacida del contrato por la culpa contractual —acción heredada—, y la originada del mismo hecho, visto aisladamente, sin conexión con el contrato, como simple culpa delictual —acción no heredada—...”.

Más adelante, anota que se encuentra “suficientemente demostrado con las actas notariales de estado civil acompañadas a la demanda, que Alirio Ramírez Polanco, fallecido el 4 de febrero de 1980 en la vía que de Ibagué conduce al Espinal, era cónyuge de la actora Lucrecia Villanueva Gómez, con quien había contraído matrimonio católico en la Parroquia de San Martín de Porres del Municipio del Espinal (Tol.) el 17 de mayo de 1975, prueba documental con la cual se acredita, en primer lugar, la legitimidad de la demandante para promover la acción de que se trata, y en segundo lugar, la muerte de aquél, ya que fue aportada en la forma prevenida por el artículo 253 de la ley procesiva actual, toda vez que se trata de fotocopias autenticadas por Notario, que gozan de conformidad con el régimen probatorio del mismo valor demostrativo que los originales (numeral 1º, Art. 254 del C. de P. C.)”.

Tras acometer un recuento del material probatorio acopiado y, con apoyo en análisis que de él verifica, concluye en la existencia de la responsabilidad de las dos empresas, la que, además, reputa como solidaria al tenor del artículo 2344 del Código Civil.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Tanto los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como “Expreso Bolivariano S. A.”, presentaron sendas demandas de casación, en cada una

de las cuales se esgrimen dos cargos, así: la de "Expreso Bolivariano S. A." introduce los dos con apoyo en la causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y la de los Ferrocarriles Nacionales, el primero con base en esta misma causal y el segundo con fundamento en la causal 2ª del precepto citado.

La Corte limitará el estudio al primer cargo de la demanda de "Expreso Bolivariano S. A." porque, llamado a prosperar, versa él sobre el interés para obrar y la legitimación en la causa de la actora, problema cuyo enfoque y tratamiento en la sentencia tiene que ser igual para los dos demandados.

En ese cargo es acusado el fallo por violar indirectamente los artículos 2341, 2342, 2343, 2344, 2347, 2349, 2356, 1658, 1571 y 1494 del Código Civil, 34 de la Ley 57 de 1887, y 106 del Código Penal, por aplicación indebida de los mismos como consecuencia del error de derecho cometido por el Tribunal en la valoración probatoria de algunos documentos, por lo que, dice textualmente el censor, "también se violaron directamente las siguientes normas del Código de Enjuiciamiento vigente, artículos 174, 175, 177, 187, 253, 254, 251 y 262 del Código de Procedimiento Civil, artículos 101 y 105 del Decreto 1260 de 1970".

En desarrollo del cargo el recurrente empieza por anunciar que el Tribunal cometió grave error cuando valoró las pruebas documentales con las que la demandante pretendía demostrar su matrimonio con Alirio Ramírez Polanco, pruebas ambas orientadas a fijar su legitimación en la causa. Tras señalar que en uno y otro caso se está ante reproducciones mecánicas, así como de observar que el original del registro civil del matrimonio del causante y la demandante se encuentra en el libro de registro de matrimonios de la Notaría del Espinal, y que el que corresponde a la defunción de Ramírez Polanco reposa en el libro del registro de defunciones de la Notaría Segunda del Circuito de Ibagué, circunstancias que en los dos eventos se tienen por demostradas con las mencionadas reproducciones, indica que éstas fueron autenticadas por el Notario Tercero del Circuito de Ibagué, "posiblemente por confrontación de una copia de las mismas". Esto quiere decir, expone el casacionista como remate de su argumentación, que las fotocopias presentadas como pruebas no reúnen los requisitos dispuestos en el numeral 1º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, el que transcribe.

Después de algunas otras reflexiones, pasa a insertar el aparte de la sentencia en el que el Tribunal manifiesta que con las actas notariales de estado civil acompañadas a la demanda, se demuestra el matrimonio de Lucrecia Villanueva Gómez con Alirio Ramírez Polanco y la defunción de este último, aparte que atrás ha quedado transcrito. Dice enseguida que es allí donde "aparece el error valorativo de la prueba" en el que incidió el Tribunal al tener las fotocopias presentadas por la parte demandante como idóneas para apoyar "la calidad de cónyuge sobreviviente, el fallecimiento del señor Alirio Ramírez Polanco y la legitimación en la causa que tiene la demandante para incoar la acción...".

En otro título del cargo, el recurrente cita y comenta las normas sustanciales que, a su juicio, se aplicaron indebidamente como consecuencia

del referido error de valoración, cuidándose, así mismo, de enlistar los preceptos de estirpe probatoria desconocidos por el *ad quem*, entre los cuales se hallan los artículos 251, 253 y 254 del Código de Procedimiento y 101 y 195 del Decreto 1260 de 1970.

Para concluir la presentación del ataque, expone el recurrente que si el Tribunal no hubiera cometido el error de darle pleno valor probatorio a las reproducciones de las actas de matrimonio y de defunción, "habría determinado inequívocamente que la señora Villanueva de Ramírez, carecía de todo derecho y razón para accionar frente a mi representado y los Ferrocarriles, por cuanto al no demostrar con los documentos idóneos el respectivo matrimonio y defunción, tampoco demostró la legitimación en la causa". De ello deduce la trascendencia del yerro en el que cayó el fallador de segunda instancia.

LA CORTE CONSIDERA

Características de los documentos como medios de prueba, que los hace singulares en frente de los restantes, es la posibilidad de llevarlos al proceso originales o en copias; copias que, según lo determina el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, "pueden consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento...".

Siendo legalmente factible la réplica de los documentos, lógico resulta que el propio ordenamiento también reglamente el mérito probatorio de las copias, así como las condiciones en las que deben producirse, cuestiones a las que atiende el artículo 254 ibidem al señalar que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original en los siguientes supuestos:

"1. Cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica, y cuando se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente.

"2. Cuando sean compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial salvo que la ley disponga otra cosa".

Concretando el análisis al ordinal 1º, se observa que él incluye dos casos en los que las copias adquieren la fuerza probatoria del documento primigenio: uno, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público, en cuya oficina repose el original o copia auténtica del mismo. Y otro, cuando por tratarse de una reproducción mecánica, esta, dice la norma, "cumpla con el requisito exigido en el artículo precedente".

El sentido del primero de esos dos supuestos es claro: bajo la condición de que en sus oficinas se hallen, bien sea el original del documento, bien una copia auténtica del mismo, el notario, o el funcionario público en general, están investidos de la facultad de expedir copias con idéntico valor probatorio al de aquél.

En lo que atañe al segundo, es oportuno hacer algunas acotaciones tendientes, precisamente, a justificar su separación de la primera parte

del ordinal y, por ende, a fijar su alcance real, máxime cuando lo allí previsto es de gran importancia para el despacho del cargo.

Que la segunda parte del ordinal 1º del artículo 254 contiene una previsión normativa diferente a la que atrás se ha destacado, es algo que se desprende de lo siguiente: dice esa segunda parte del ordinal 1º: "... Y cuando se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente" (se dest.). A términos del artículo 253, este requisito reside en que "la reproducción deberá ser autenticada por un Notario o Juez, previo el respectivo cotejo" (se dest.). Si este aparte del ordinal se tuviera como un complemento de lo determinado al comienzo, complemento destinado a erigir la satisfacción de una cierta exigencia adicional cuando la copia sea una reproducción mecánica, se estaría, con ello, queriendo decir, que cuando la copia consista en una transcripción, basta con la autorización del Notario o del funcionario en cuya oficina esté el original o una copia auténtica del documento transcrito para que aquélla asuma la misma eficacia probatoria que merezca el primer ejemplar; pero que cuando esa copia esté constituida por una reproducción mecánica, ya la autorización dejaría de ser suficiente porque, a más de ella, también se necesitaría de la autenticación del Juez o del Notario, estampada con fundamento en el cotejo que lleve a cabo entre la réplica y el original o la copia auténtica del documento. Como este entendimiento de la regla legal es manifiestamente confuso, lo más atinado reside en admitir que, conforme se anticipó, el ordinal 1º del artículo 254 engloba dos hipótesis sin ninguna conexión entre ellas, mas destinadas ambas al establecimiento de la equivalencia demostrativa entre el original del documento y su copia.

Sentado lo anterior, ha de agregarse que el cotejo del que se habla en el artículo 253 y al que remite la segunda parte del inciso 1º del artículo 254, si bien tiene que ser verificado sobre el original, también puede serlo con base en una copia auténtica, por no darse razón atendible para que mientras que al propio notario, o, en términos generales, al funcionario público, se les tiene como facultados para autorizar una transcripción elaborada a partir de una copia auténtica, se concluyera en cambio que la misma ley no les permite, ni al inicialmente nombrado, ni al Juez, el cotejar y el autorizar una reproducción mecánica extraída de una copia auténtica del documento.

Por último, corolario obligado de que el ordinal 1º contemple dos formas distintas de emitir copias de un documento, es el que cuando se esté en frente de una fotocopia autenticada por un Notario o Juez, no corresponde pedir que en el respectivo despacho exista el original o copia auténtica del documento, desde luego que semejante condición viene referida es a lo que el aludido precepto estatuye en su primera parte.

En la especie de esta *litis*, la actora, con miras a comprobar el vínculo matrimonial que la unía al extinto Alirio Ramírez Polanco, presentó con la demanda, copia, en la modalidad de reproducción mecánica, del correspondiente registro civil, documento que ostenta las siguientes notas distintivas: por una parte, consta en él que la respectiva inscripción se cumplió en la Notaría del Círculo de El Espinal; también, que se trata de una copia expedida por el mencionado despacho y firmada por la funcionaria

titular. Y por otra parte, la autenticación de la reproducción traída a este proceso aparece realizada por el Notario Tercero del Círculo de Ibagué, quien, por medio de sello confeccionado al efecto, dejó testimonio de que la fotocopia coincidía con el original por él tenido a la vista.

La misma demandante, para demostrar el deceso del señor Ramírez Polanco, aportó otro documento cuyas notas distintivas son similares a las del anterior, pues también es fotocopia en la que se lee que el Notario Segundo del Círculo de Ibagué expide copia de la partida contentiva del registro civil de defunción de Alirio Ramírez Polanco, funcionario que, además, aparece suscribiéndola. La autenticación, igualmente cumplida por el Notario Tercero de Ibagué, está representada por la misma manifestación del documento precedentemente transcrito.

Acorde con lo que atrás ha sido dicho con relación al mérito probatorio de las copias, es visible que las acabadas de mencionar no se ciñen a los requisitos pedidos en los artículos 253 y 254, ya comentados. Ciertamente: el Notario Tercero de Ibagué, autor de la autenticación, no pudo tener a la vista los originales de los documentos reproducidos, puesto que, como bien lo denota el censor, tales originales constaban, uno, en la Notaría de El Espinal, y otro, en la Notaría Segunda de Ibagué. Esta circunstancia, de por sí insalvable, permite decir que lo contemplado por el Notario Tercero fueron unas copias, tal y como en las mismas se lee.

Ahora bien, ¿eran auténticos esos ejemplares de los documentos, según lo piden las normas arriba citadas? Este interrogante no halla una respuesta cierta en uno u otro sentido a causa de la modalidad de las copias entradas al proceso, pues consistiendo las mismas en reproducciones mecánicas, se ignora si lo que al Notario se le puso de presente como uno de los extremos fundamentales del cotejo fueron los apógrafos de los dos registros, o, apenas se trató de simples réplicas fotocopiadas de esos apógrafos, siendo entonces aquí donde reside el fondo del problema: en vista de que se desconoce lo que verdaderamente tuvo ante sí el Notario con miras a verificar la comparación a la que estaba legalmente obligado, a las copias adjuntadas al proceso con el objeto de acreditar el matrimonio de la demandante con Ramírez Polanco y la muerte de éste, no se les puede dispensar el mismo valor de los originales. Por referirse a hechos constitutivos del estado civil, éstos tienen la calidad de pruebas solemnes (Arts. 5º, 101 y 105 del Dto. 1260 de 1970), y tal jerarquía también les compete a las copias que de los mismos se expidan, claro está cuando lo son con obediencia de la ley.

Es, por tanto, palmario que el Tribunal se equivocó en la contemplación jurídica de las dos pruebas que han sido materia del preinserto análisis.

Y con el propósito de medir la trascendencia de ese error vienen al caso los siguientes razonamientos.

Dice Adriano De Cupias que “la responsabilidad civil se manifiesta en una relación jurídica obligatoria entre perjudicado y responsable” (“El Daño - Teoría General de la Responsabilidad Civil”, “Bosch”, Barcelona, p. 598), siendo el primero el sujeto activo de dicha relación y el segundo su sujeto pasivo, juicio que encuentra cabal asidero en el artículo 2341 de nuestro Código Civil.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en que el cónyuge puede ser sujeto activo de esa relación, toda vez que la muerte o la incapacidad de aquella persona con quien ha estado unido por el vínculo matrimonial puede privarlo de la fuente de su subsistencia, sin descontar que ese hecho llegue así mismo a irrogarle lo que se suele calificar como perjuicios morales.

Cuando esa atribución *in abstracto* se proyecta al proceso, se traduce en que quien pretende obtener el resarcimiento de los perjuicios que le pudiera haber acarreado, en su caso, el desaparecimiento de su consorte, debe comprobar, en los términos de la ley, tanto el matrimonio como la muerte del esposo o esposa, ya que sólo con las pruebas concernientes será posible dar por definidos el interés para obrar y la legitimación en la causa del demandante. Cuando el fallador cuenta con la presencia de esas pruebas, puede adentrarse en el análisis de los restantes elementos integrantes de la responsabilidad civil, ya que de otro modo la sentencia podría caer en el descarrío de fijarle un resarcimiento a quien lo ha pretendido con invocación de la calidad y el interés referidos, sin demostrarlos, o demostrándolos irregularmente, que es igual.

Tal es la perspectiva que ofrece el presente caso, en el que el fallo del Tribunal, al concluir que la demandante había probado en términos que legalmente son de recibo, su matrimonio con Alirio Ramírez Polanco y la ulterior muerte de éste, pasó a confirmar la sentencia condenatoria de las empresas demandadas proferida en la primera instancia, con lo que violó por aplicación indebida las normas cuyo quebranto denunció el censor, derivándose de allí el que aquél deba ser casado, como es lo que, por cierto se decidirá.

Mas la Corte estima que antes de dictar la sentencia de reemplazo es conveniente que al proceso se incorporen correctamente las copias de los registros civiles tantas veces mencionados, al igual que la del nacimiento de Alirio Ramírez Polanco, y, en consécuencia, así habrá de ordenarlo (Art. 375, Inc. 3º, C. de P. C.).

DECISIÓN

En armonía con lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada dentro de este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 12 de julio de 1984.

Sin costas en el recurso de casación.

Antes de dictar la sentencia sustitutiva de la segunda instancia, SE DISPONE que, en el término de treinta (30) días, sean traídas al proceso las copias de los siguientes registros civiles: del nacimiento de Alirio Ramírez Polanco; del matrimonio del mismo con la señora Lucrecia Villanueva de Ramírez; y de la defunción del primero de los nombrados.

Con destino al Alcalde de Yaguará para el primero, al Notario Unico de El Espinal para el segundo, y al Notario 2º de Ibagué para el tercero, librense los despachos del caso con los insertos necesarios.

Cópiese y notifíquese.

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

ACCION REIVINDICATORIA

Prueba de sus elementos. El dominio en el demandante se demuestra sólo frente al poseedor. La posesión del demandado, así como la identidad y singularidad del bien, son hechos susceptibles de prueba de confesión hecha en la contestación de la demanda.

DOCUMENTO

Los que se acompañan a la demanda y a la contestación de la demanda, cumplen con los requisitos de publicidad y contradicción.

SUCESION - SOCIEDAD CONYUGAL ILIQUIDA

La sucesión es una comunidad universal que incluye los derechos del socio sobreviviente (cónyuge) y de los asignatarios a título universal.

CASACION

Error de derecho.

No se incurre en esta clase de error cuando a pesar de no haber hecho el sentenciador un análisis evaluativo de la prueba, la decisión que toma se ajusta a las normas legales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., 22 de agosto de 1986.

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandados en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Pasto dentro del proceso ordinario instaurado por José Vicente López Cabrera en frente de Segundo Ignacio Cuastumal Portillo y Campo Elías Erazo Pantoja, el día dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

ANTECEDENTES

En demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, el actor solicitó que los herederos del señor Daniel López Díaz al igual que la sociedad conyugal por éste formada con la señora Clementina Cabrera de López, fueran declarados propietarios exclusivos de dos fundos rurales conocidos con los nombres de "Guastar" y "Buenavista", sitios en la vereda de "Guastar" del Municipio de Ospina, y cuyos linderos relaciona. Que, como consecuencia de tal declaratoria, los demandados fueran condenados a la restitución de ambos predios junto con los frutos naturales y civiles percibidos y con los que con mediana inteligencia hubiera podido percibir el propietario. Que se declarara la inexistencia de los gravámenes y limitaciones de la propiedad constituidos por los poseedores demandados sobre los predios reivindicados y se dispusiera la inscripción de la sentencia en los libros de la Oficina de Registro.

Esa pretensión se fundamentó en los hechos que pueden resumirse así:

El señor Daniel López, padre del demandante, compró a Miguel Tulcán los inmuebles materia del litigio, de conformidad con la Escritura Pública número 16 del 8 de enero de 1958, de la Notaría 1ª de Túquerres, oportunamente registrada en la oficina correspondiente. A su vez, Miguel Tulcán había comprado esos mismos predios a Tránsito Tulcán, según consta en la Escritura Pública número 496 del 27 de septiembre de 1946 de la Notaría 2ª de la misma ciudad, también registrada. Miguel Tulcán únicamente vino a entregar los bienes al comprador Daniel López tres años después de haberse celebrado el contrato, o sea en 1961, porque los tenía comprometidos en arrendamiento con una tercera persona. Daniel López los poseyó materialmente hasta 1964, año en que cayó gravemente enfermo, por lo que, viéndose imposibilitado para manejarlos personalmente, los dio en aparcería a su antiguo propietario Miguel Tulcán, quien al poco tiempo dio en llamarse dueño detentando su posesión hasta el momento de su fallecimiento. Los demandados poseen los inmuebles desde unos dos años antes de la presentación de la demanda, sin que tengan títulos legítimos que los acrediten como sus propietarios.

Noticiados de la demanda, Cuastumal y Erazo, al responderla, negaron la casi totalidad de los hechos en los que se apoya la pretensión del actor; puntualizaron que los bienes habían sido adjudicados dentro de la sucesión de Tulcán a una heredera, y pusieron de presente que era verdad que estaban "en posesión material de los inmuebles indicados, pero con títulos ciertos y no aparentes como el ostenta (sic) el actor".

Trabada la *litis* del modo anotado, a la cual, además, fue vinculada la señora Inés Piscal de Igua por virtud de denuncia del pleito que le hicieron los demandados, el *a quo* le puso fin con sentencia cuya parte resolutive dice, entre otras cosas:

“1. Declárase que la sucesión del causante señor Daniel López Díaz, es dueño absoluta (sic) del derecho de dominio pleno de los siguientes inmuebles: (aquí los linderos y los demás datos de la identificación de los predios reivindicados)...

“2. Condénase a los demandados a restituir a la sucesión de Daniel López Díaz, los bienes descritos en el punto que antecede de este fallo, lo cual lo harán al día siguiente de la ejecutoria de esta sentencia.

“3. Condénase a los demandados... a pagar a favor de la sucesión dicha, a partir de la notificación de la demanda y hasta que la entrega se verifique, los frutos civiles y naturales de los inmuebles anteriormente descritos, y no solamente los percibidos, sino los que aquella hubiera podido percibir teniendo los bienes en su poder, deducidos los gastos ordinarios que se hayan invertido en producirlos...

“4. ...

“5. ...

“6. ...

“ ...

Apelado este fallo por los demandados, el Tribunal hubo de confirmarlo por medio del que es objeto del presente recurso de casación.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de relatar los antecedentes del caso y de observar que están presentes los presupuestos procesales al igual que la legitimación en la causa, el Tribunal se adentra en el estudio de los elementos valorativos propios de la acción reivindicatoria, para decir que la respuesta que los demandados dan al hecho séptimo, atrás transcrita, la que califica de “categórica afirmación”, permite sentar que se encuentran “establecidos los presupuestos de posesión material e identidad de los bienes que se pretende reivindicar”. Y agrega a renglón seguido que tampoco cabe duda que se trata de cosa singular reivindicable.

Al analizar el elemento “dominio”, dice que se deben distinguir dos hipótesis: Una, en que el título del reivindicante se confronte con la mera posesión del demandado; y otra en que se trate de títulos de reivindicante contra títulos y posesión del demandado, y añade a renglón seguido que el presente caso encaja dentro de la segunda hipótesis. Refiriéndose al título del actor, quien ha demandado como heredero del adquirente de los lotes, señala que éste consiste en la Escritura Pública número 16 del 8 de enero de 1958 de la Notaría Primera de Túquerres, la que se halla debidamente registrada, y destaca cómo en dicho instrumento sus otorgantes hicieron constar que la entrega material de los inmuebles por parte del vendedor al comprador únicamente habría de verificarse el 8 de enero de 1961.

Después de anotar que “a quien alega el dominio como base de reivindicación, es menester que exhiba títulos anteriores a la posesión del demandado, desde luego no contrarrestados tales títulos por otros de igual o mejor derecho del poseedor no amparado por prescripción”, expresa que los títulos de los demandados son las Escrituras Públicas números 252 y

286 del 19 de abril de 1979 de la Notaría Primera de Túquerres, respectivamente, para luego concluir con que es “patente entonces, que el reivindicante López, tiene un título de dominio que prevalece sobre aquéllos que aducen los demandados”, máxime cuando, agrega, su vendedora, la señora Inés Piscal de Igua, no ha demostrado legalmente ser la heredera de Miguel Tulcán Zambrano.

Dicho lo anterior, pasa a comentar las excepciones de los demandados denominadas “ilegitimidad de personería sustantiva”, “falta de interés sustancial para obrar por activa y por pasiva” y “prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio”.

En cuanto a las dos primeras, señala que “el demandante acompañó a su libelo demandatorio, un título de dominio que junto con los demás anexos, lo acreditan como heredero del comprador su padre, de los bienes inmuebles que se pretende restituir en favor de la sucesión del último de los nombrados...”, y que, por lo que toca con los demandados, éstos, “en su escrito de contestación de la demanda, han dicho expresamenté, que son los poseedores de esos mismos bienes inmuebles objeto de la reivindicación planteada”.

De la excepción de prescripción, dice que las declaraciones allegadas no demuestran la posesión material que Miguel Tulcán hubiera tenido sobre los inmuebles, ni, para los efectos de la agregación de posesiones, tampoco se comprobó que la tradente de los demandados, Inés Piscal de Igua, sea heredera del premencionado Tulcán.

Por ello termina desechándolas y confirmando la sentencia del *a quo* en su integridad.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Tres cargos dirige el casacionista contra la sentencia del Tribunal, todos dentro de la órbita de la causal primera (Num. 1º, Art. 368 del C. de P. C.).

La Corte estudiará por separado el primer cargo, y luego, en conjunto, los otros dos por la clara conexión que existe entre éstos.

Cargo primero.

Dicen los recurrentes que la sentencia es violatoria de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 964, 1325 y 1893 del Código Civil, por indebida aplicación; y del artículo 762 *ibidem*, por falta de aplicación, como consecuencia de errores de derecho cometidos en la apreciación de la siguiente prueba documental: Escritura Pública número 16 del 8 de enero de 1958, de la Notaría Primera de Túquerres, contentiva de la venta hecha por Miguel Tulcán Z. a Daniel López Díaz, causante del actor, de los terrenos reivindicados; certificado de defunción de Daniel López; certificado del matrimonio de Daniel López con Clementina Cabrera; y partida de nacimiento de Vicente López.

Con miras a demostrar el error de derecho señalan los recurrentes que la demanda incoativa del proceso no trae un capítulo destinado a relacionar los documentos o anexos, pues que tan sólo habla de la prueba documental que se acompaña al libelo. Dicen luego que si bien es verdad que el inciso 2º del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, define que “si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o a sus respectivas contestaciones...”, esto debe entenderse “como la oportunidad que la ley concede a las partes para aportarlos, pero debidamente relacionados en el correspondiente escrito de demanda o de contestación a ella”, pues de otra manera no habría certeza sobre los documentos presentados con la demanda.

Sentado lo anterior, señalan como violación medio la de los artículos 77 y 183 del Código de Procedimiento Civil, ya que el Tribunal “no tuvo en cuenta que si bien es cierto que estas disposiciones dicen que la prueba documental se debe acompañar con la demanda, en una lógica y correcta interpretación debe entenderse que esa prueba documental debe quedar relacionada claramente en el escrito con el cual se presenta”.

Y, con tales bases, entran después a explicar por qué se aplicaron indebidamente los preceptos atrás relacionados, así como por qué se dejó de aplicar el artículo 762 del Código Civil. De los primeros, sus razonamientos, en síntesis, encuéntrase orientados a mostrar cómo el Tribunal se equivocó al considerar que el actor tenía derecho a reivindicar los predios de los demandados, de los que dicen que tampoco eran los llamados a responder como poseedores materiales ante quien no ha demostrado ser el propietario o poseedor inscrito. Y del segundo, observan que el *ad quem* dejó de aplicar la presunción de propiedad que en favor del poseedor material allí se consagra.

SE CONSIDERA

Es cierto que, como lo manifiestan los recurrentes, la demanda no contiene una relación de los documentos queridos hacer valer como prueba por el actor, por cuanto, de modo genérico, en ella se alude a “la (prueba) documental que acompañó a este libelo”.

Mas a pesar de que las cosas se hubieran presentado de la manera indicada, tal omisión no reviste la importancia que aquéllos desean atribuirle, puesto que los principios de la necesidad, de la publicidad y de la contradicción de la prueba han quedado incólumes. En efecto, y tal como en la propia demanda de casación se admite, el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, tras establecer que “para que sean apreciadas por el Juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en este Código”, en una excepción a esta regla, determina en su inciso 2º que “si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones...”, rematándola con la siguiente puntualización: “El Juez resolverá expresamente sobre la admisión de dichas pruebas, cuando decida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente”.

Da, entonces, a comprender este inciso 2º del artículo 183 que en tratándose de prueba documental o anticipada no es indispensable pedir su decreto de manera discriminada o individualizada en la demanda o en la contestación, siempre y cuando aquélla se acompañe al escrito correspondiente. La solicitud de prueba que, incorporada a los mencionados escritos, se formula en estas condiciones puede calificarse como suficiente porque, pensado de otro modo, sería caer en exagerado rigorismo el exigir que por fuera de la aportación de los documentos que la parte tenga en su poder y que pretenda hacer valer como pruebas, también deba elevar una petición en la que esos documentos sean singularizados uno a uno.

Por lo demás, el propio inciso 2º exige de manera perentoria que el Juez, al proveer sobre las pruebas pedidas por las partes, decida lo que sea del caso acerca del acogimiento de esos documentos. Es esta decisión, más que la petición propiamente dicha, la que le viene a conferir legitimidad a la apreciación de aquellos medios probatorios por parte del fallador.

El requisito anterior fue acatado en el presente caso, ya que el a quo, cuando resolvió sobre las pruebas pedidas por el demandante, dijo que se tuvieran como tales "los documentos presentados con el libelo de demanda", decisión que el ad quem acogió sin reservas. Cuáles eran, para los demandados, esos documentos, venía a ser algo de lo que tenían que haberse enterado, incluso, desde la propia notificación del auto admisorio de la demanda, pues les tuvieron que ser entregadas copias de los mismos en aplicación del inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 77-6º ibidem; de no haber sido así, los recurrentes no hubieran podido referirse a ellos con tanta precisión, no sólo en la sustentación del recurso de casación, sino también durante las instancias del proceso.

La Corte, en su sentencia del 23 de abril de 1985, tuvo oportunidad de examinar un caso similar al que ahora se contempla y, entre otras cosas, en ese momento expuso lo que a continuación se transcribe:

"A la contraparte le asiste el derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y para esto la prueba se le hace conocer cuando formulada la petición y decretado el auto respectivo se le notifica a la contraparte; o cuando, tratándose de prueba anticipada se anexa a la demanda, pues en tal caso con el traslado que se le da al demandado, éste conoce la prueba, la que por tanto deja de ser oculta y puede, si así lo desea, objetarla o discutirla".

Consiguientemente, no aparece como cierto que el Tribunal hubiera transgredido alguna norma de valoración probatoria cuando le otorgó a la gran mayoría de los documentos ya mencionados el alcance probatorio que les pertenecía de conformidad con su propia naturaleza y contenido, lo cual, a su vez, permite decir que no existió el quebrantamiento de las normas sustanciales que en este cargo se le achaca a la sentencia del *ad quem*.

El cargo no prospera.

Cargo segundo.

Denúnciase en éste la sentencia como violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 152, 669, 740, 741, 745, 752, 756, 759, 981, 1820, 1821, 1826, 1828, 1857 del Código Civil y 1º de la Ley 28 de 1932; y por aplicación indebida de los artículos 946 y 950 del Código Civil, como consecuencia de “errores de derecho en la apreciación de la prueba documental, pericial, de inspección judicial y de confesión”.

Con el propósito de desarrollar el cargo, los casacionistas empiezan por transcribir el aparte del fallo en el que se enuncian los elementos axiológicos de la pretensión reivindicatoria, para luego adentrarse en el examen de cada uno de ellos, así:

Respecto del dominio del actor dicen que el Tribunal tuvo como prueba del mismo la Escritura Pública número 16 del 8 de enero de 1958 de la Notaría Primera de Túquerres, de la que llaman la atención acerca de su cláusula 3ª, pues en ésta se dice que el tradente de Daniel López, causante del actor, adquirió el predio “Buenavista”, “... por posesión continua, pública y tranquila... en un período de 30 años, sobre la adquisición de los inmuebles en litigio durante la vigencia de la sociedad conyugal entre el citado López y la señora Clementina Cabrera. Argumentan que el Tribunal infringió el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, pues no tuvo en cuenta que la aludida escritura, el registro matrimonial, el de nacimiento del actor y el de defunción del adquirente, por “el carácter indivisible” de la prueba en ellos contenida, demuestran que los lotes, a la muerte de Daniel López, “entraron a formar parte del patrimonio de la disuelta e ilíquida sociedad conyugal que existió entre éste y la señora Clementina Cabrera”.

Luego agregan que cuando el Tribunal tuvo a la Escritura Pública número 16 como título suficiente para acreditar que la sucesión de Daniel López era la “dueña absoluta y exclusiva de los pretendidos predios”, y a los certificados del estado civil como demostrativos “solamente (de)... la calidad de heredero” del adquirente, infringió “por falta de aplicación los artículos 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil que tratan sobre el alcance probatorio de los documentos públicos”. E, igualmente, las disposiciones del Código Civil que citan en ese paso de su demanda.

En torno a la posesión de los demandados manifiestan que “... equivocadamente, el honorable Tribunal estima que una es la prueba de la posesión para la acción —reivindicatoria, aclara la Corte— y, otra muy diferente, es la prueba de la posesión para la excepción”. A vuelta de transcribir el pertinente aparte del fallo acusado, indican que “el honorable Tribunal consideró que la contestación del apoderado de los demandados al hecho séptimo de la demanda suministró la prueba de la posesión material de los demandados, de la identidad de los bienes que se pretende reivindicar y de la singularidad de la cosa reivindicable”, que con semejante conclusión el Tribunal “violó los artículos 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil por aplicación indebida, y el artículo 981 del Código Civil por falta de aplicación”, pues la Corte, en su sentencia del 30

de octubre de 1956, señala que la posesión material, como hecho que "sólo se demuestra con hechos y no afirmando, confesando o negando esa determinada situación jurídica".

Acerca de la identidad entre lo pretendido por el demandante y lo poseído por los demandados, elemento que el Tribunal halló probado con la contestación de la demanda y con la diligencia de inspección judicial, los censores tras verificar un largo comentario relativamente a esta última prueba, terminan por decir que como aquél se abstuvo de "exponer razonablemente el mérito que le asigna a cada una de estas pruebas, violó por falta de aplicación el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil".

En fin, idéntica crítica le dirigen al fallo cuando alude a la singularidad de la cosa materia de la reivindicación, pues, sin indicar las pruebas tenidas en cuenta para el efecto, allí apenas se dice que "no cabe duda también, que se trata de cosa singular reivindicable".

Tercer cargo.

En éste los recurrentes atacan la sentencia por haber dejado de aplicar los artículos 152, 762, 1820, 1821, 1826 y 1828 del Código Civil, 1º de la Ley 28 de 1932, y 25 y 29 de la Ley 1ª de 1976; y por aplicación indebida de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 964, 1325 y 1893 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de la prueba documental tantas veces mencionada, es decir, de la Escritura Pública número 16 del 8 de enero de 1958, de la partida matrimonial eclesiástica de Daniel López con Clementina Cabrera y del certificado civil de defunción de Daniel López Díaz.

A fin de sustentar este cargo exponen que el Tribunal "no observó que los documentos relacionados contenían la prueba suficiente que acredita que los inmuebles pretendidos por el actor pertenecen también a la disuelta sociedad conyugal..." López-Cabrera, y que, por ende, no son del dominio exclusivo de la sucesión de Daniel López.

Como el Tribunal así lo creyó, al confirmar la sentencia del *a quo*, quebrantó las normas atrás relacionadas por aplicación indebida. Si, en cambio, observan a continuación, el Tribunal, "en lugar de aplicar estas normas hubiera dado aplicación a las normas que regulan la constitución, existencia y disolución de la sociedad conyugal... su sentencia no hubiera sido confirmatoria de la de primera instancia sino revocatoria, absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda...", por no haberse demostrado que la sucesión de Daniel López Díaz "fuese la dueña absoluta y *exclusiva* de los bienes pretendidos".

Después de exponer largamente cómo se dio la violación de los preceptos sustanciales atrás citados, en el cargo se termina por concluir que "la sentencia de primera instancia y la de segunda al confirmarla, es una respuesta clara a lo expresado por el actor... en su memorial poder..., pues el poder se limita a la reivindicación única y exclusivamente en favor de la sucesión de Daniel López Díaz, en cambio en la demanda el señor apoderado del actor, sin poder suficiente pretende reivindicar los bienes

para la sucesión de Daniel López y para la sociedad conyugal que existió entre éste y Clementina Cabrera...".

LA CORTE CONSIDERA

Con arreglo al artículo 946 del Código Civil, la acción de dominio o reivindicatoria está integrada por los siguientes factores, denominados axiológicos, pues por tener idéntico valor en la estructuración de la acción, la ausencia de cualquiera de ellos impide el éxito de la misma:

- a) El dominio del reivindicante;
- b) La posesión del demandado;
- c) La relación de identidad entre el objeto de la reivindicación y lo poseído por el demandado;
- d) La cosa singular reivindicable o la cuota determinada en ella.

En el presente caso, los recurrentes, al plantear el segundo cargo de su demanda de casación, atacan la sentencia del *ad quem* como violatoria de normas sustanciales a raíz de errores de derecho cometidos en la valoración de las pruebas tomadas en cuenta para dar por acreditados los cuatro elementos antes enumerados. Y en el cargo tercero circunscriben la censura a la conclusión sacada por el Tribunal en lo atinente a la prueba del dominio, mas esta vez con alegación de errores de hecho.

Como ya se anticipó, la Corte despachará de modo simultáneo ambos cargos.

Por lo pronto, no es dable afirmar que el Tribunal cometiera error de derecho cuando, no obstante el texto de la cláusula tercera de la Escritura Pública número 16, tuvo a ésta como prueba suficiente del dominio del reivindicante, puesto que, según se infiere del razonamiento de los propios censores, no es que el fallador le hubiera negado valor probatorio a la declaración que allí formula el vendedor, sino que el sentenciador la ignoró, lo cual, sin discusión, constituiría, más bien, un error de hecho.

Empero, sobre la base de ser la posesión de los demandados posterior al título del actor, como un poco más adelante se podrá constatar, aun cuando el Tribunal hubiera tenido presente esa cláusula para decidir que, a su pesar, encontrábase procesalmente fijado el elemento propiedad, no por tal circunstancia cabría tildar de insuficiente a la escritura en cuestión. Le sirven de soporte a este aserto las mismas razones expuestas por la Corte en la sentencia que data del 18 de abril de 1969, oportunidad en la que se examinó un caso-similar al presente. Se trataba, a la sazón, de la mención, dentro de la escritura pública exhibida como título de propiedad por el reivindicante, de que el tradente había adquirido el inmueble por documento privado; y se dijo que tal particularidad no demeritaba el título del adquirente en virtud de las siguientes consideraciones:

“a) Porque la existencia o inexistencia del derecho de dominio en cabeza de un tradente, no se establece, como es obvio, con la declaración que en el respectivo título traslativo él haya hecho en relación con el modo como adquirió lo que enajena;

“b) Porque como el juicio reivindicatorio no está destinado a producir efectos erga omnes, la jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que el carácter de ‘dueño’ exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de ‘propiedad’ prescrita en el artículo 950 ibidem, son figuras esencialmente relativas en el sentido de que se refieren sólo al demandado y se prueban sólo frente a éste...; y,

“c) Porque, dando por aceptado que el tradente del actor... no hubiera sido dueño, la venta que hizo mediante la Escritura 538 materia del cargo sería venta de cosa ajena, la cual conforme al artículo 1871 del Código Civil es válida, sin más limitación que la de dejar intactos los derechos del verdadero dueño mientras no se extingan por prescripción, constituye justo título según el artículo 760 del mismo Código, y la tradición—entrega o pseudo-tradición— que le subsiguió dio al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio de la cosa vendida (Art. 753 ibidem). Circunstancias todas estas que desvirtúan la presunción de dominio resultante de la posterior posesión del demandado en cuanto justifican un mejor derecho a la cosa como dueño, en el actor” (G. J., t. CXXX, Pág. 53).

En la especie de esta *litis*, los demandados adujeron sendos títulos de propiedad, así: Campo Elías Erazo Pantoja, la Escritura Pública número 252 del 19 de abril de 1979, de la Notaría Primera de Túquerres, contentiva de la venta a él hecha por la señora Inés Piscal de Iguá. Y segundo, Ignacio Cuastumal Portillo, la Escritura Pública número 286, de las mismas fecha y notaría de la anterior, en la que consta la venta que en favor de éste realizó igualmente la señora Piscal de Iguá.

Para mayor claridad, importa destacar que la tradente de los demandados dijo ser heredera de Miguel Tulcán Zambrano, de quien adquirió el causante del aquí demandante, y que el Tribunal le negó a aquélla esa calidad, sin que tal rechazo fuera objeto de acusación específica por parte de los recurrentes en casación.

Entonces, si los títulos de los dos demandados vienen a ser muy posteriores al de la sucesión en cuyo nombre demanda el actor, el de esta última ha de reputarse como prevalente sin embargo de lo consignado en su cláusula tercera, acorde con lo que un poco antes se ha transcrito.

En lo que respecta a los otros documentos incorporados al proceso por el demandante con el fin de demostrar que el dominio de los predios se halla radicado, hoy por hoy, en la sucesión de su progenitor Daniel López Díaz, el Tribunal tampoco se equivocó de *jure*, puesto que, como a simple vista se nota en la sentencia, lo que sucedió fue el haber pasado de largo ante la partida eclesiástica del matrimonio de Daniel López Díaz con Clementina Cabrera Ascuntar, como es lo que, en efecto, se advierte en el cargo tercero de la demanda.

No obstante, el ataque aparece como incompleto a causa de que también ha debido señalarse la pretermisión de la demanda, por cuanto en ésta paladinamente tuvieron como sujetos en cuyo favor correspondía efectuar la declaratoria de dominio y ordenar la consecucional restitución de los bienes, a “los herederos del finado Daniel López Díaz, ... y la sociedad conyugal que aquél formó con su cónyuge sobreviviente, Clementina

Cabrera de López...". Y la impropiedad de los recurrentes en la enunciación del reparo es todavía mayor si se observa que en la parte final del cargo tercero se alude a aquel paso de la demanda, mas con un propósito por completo diferente al requerido por la técnica del recurso de casación.

Aparte de eso, el que dentro de la crítica a la sentencia se hubiera involucrado la preterición de la demanda, tampoco hubiera sido factor capaz de llevar a feliz término el recurso, toda vez que la sentencia, aun dentro de la deficiencia terminológica de su resolución, no llega al quebrantamiento de las normas sustanciales enlistadas por los casacionistas en ambos cargos, como seguidamente se establece.

La omisión de la sociedad conyugal ilíquida en su calidad de beneficiaria específica de los pronunciamientos concretados en la sentencia acusada, no priva a la cónyuge, como interesada en la misma, de los derechos que en relación con los bienes reivindicados le puedan alcanzar. O, con otras palabras, el que en el fallo de primer grado, confirmado por el recurrido en casación, se dijera que los bienes reivindicados pertenecían exclusivamente a la sucesión de Daniel López Díaz no representa o significa un desconocimiento de los derechos de la cónyuge supérstite en su condición de socia de la sociedad conyugal ilíquida.

Y no existe el desconocimiento o la privación de tales derechos porque cuando falleció Daniel López Díaz, titular del derecho de propiedad sobre los lotes, se formó una comunidad cuyos copartícipes son, por un lado, los herederos de aquél, y por el otro, la cónyuge sobreviviente, punto que desde antaño la Corte ha explicado así:

"Tanto bajo el antiguo régimen patrimonial en el matrimonio, como bajo el nuevo consagrado en la Ley 28 de 1932, por la muerte de uno de los cónyuges surge una comunidad universal, a saber, la sociedad conyugal ilíquida constituida por la masa de bienes que deben repartirse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del finado. Nuestra jurisprudencia ha aceptado que los derechos de la sociedad conyugal ilíquida pueden hacerse efectivos judicialmente por los copartícipes en esta comunidad o sea, el cónyuge sobreviviente y los herederos del de cujus, no siendo necesaria la concurrencia de consuno de uno y otros para el ejercicio de las acciones que favorecen a la comunidad..." (Cas. Civ. abril 1/54, G. J., t. LXXVII, Pág. 347).

Como señala la anterior jurisprudencia, el rasgo definidor de la comunidad que se analiza es su universalidad, rasgo que emerge a raíz de la prolongación, o mejor, de la transmutación del patrimonio como uno de los atributos de la personalidad al desaparecer ésta. Esa universalidad, por su misma esencia, entraña que en la comunidad queden inmersos todos los bienes y derechos de los que el difunto era titular, al igual que los que, siendo sociales, aparezcan en cabeza del cónyuge supérstite, y trae como consecuencia la convocación o llamamiento de todos aquellos que, por determinación de un precepto legal, tengan interés en su liquidación, habida cuenta de que el ordenamiento jurídico no mira con simpatía la perdurabilidad del estado de indivisión.

Esa liquidación, en el derecho colombiano, cuando la comunidad es mortis causa, se ha de ejecutar por los cauces del denominado "proceso de

sucesión”, el que, dentro del Código de la materia, forma parte de los conocidos como “procesos de liquidación”, siendo allí donde, con exactitud, el cónyuge superviviente encuentra la oportunidad adecuada para hacer valer sus derechos derivados de la sociedad conyugal ilíquida, toda vez que el artículo 586 de aquél, después de determinar en su inciso 1º que las sucesiones testadas, intestadas o mixtas se liquidarán por el procedimiento señalado en el mismo precepto, añade en el inciso 2º que “también se liquidará dentro del mismo proceso la sociedad conyugal disuelta por muerte de uno de los cónyuges”.

De aquí, por ejemplo, que la Corte hubiera expresado en sentencia que data del 1º de abril de 1977:

“La viuda que opta por recibir sus gananciales puede apersonarse en el proceso de sucesión y hacer valer sus derechos en la sociedad conyugal que tuvo con el de cujus sin necesidad de sentencia que reconozca tales derechos” (G. J., t. CLV, 1ª Pte., Pág. 99).

Viene de todo lo dicho que las expresiones “sociedad conyugal ilíquida” y “sucesión (ilíquida)”, cuando están referidas a la situación en que quedan los bienes de alguien que, habiendo sido casado, tenía vigente su sociedad conyugal al momento de su muerte, no hacen otra cosa que describir el mismo fenómeno, la una desde el ángulo del cónyuge superviviente y la otra desde el de los herederos. De este modo, ninguno de los dos términos posee la virtualidad conceptual capaz de reflejar un acotamiento excluyente de los derechos, ya sea del socio superviviente, ya de los asignatarios a título universal.

De allí que, todavía imaginando como bien estructurada la censura en este paso, el yerro en el que entonces hubiera podido caer el Tribunal, sería intrascendente.

Pasando a la posesión de los demandados, segunda condición de la acción de dominio, acerca de la cual los recurrentes afirman que el Tribunal cometió error de derecho cuando estimó que la respuesta al hecho 7º de la demanda evidencia una confesión de tal posesión, puesto que la Corte en sentencia del 30 de octubre de 1956, definió que la posesión material “como hecho que es, solamente se demuestra con hechos y no... confesando... esa determinada situación jurídica”, la Sala observa que si bien en la oportunidad señalada ese fue el criterio adoptado por la Corporación, él no fue expuesto con el sentido que ahora pretenden asignarle los recurrentes, como que en esa ocasión se trataba, no de restarle eficacia demostrativa a la confesión del demandado —que no la hubo—, sino, simplemente, de destacar la ausencia de prueba de cualquier hecho que pudiera reflejar la posesión del mismo demandado. En cambio, son abundantísimos los fallos en los que ha determinado que en la acción reivindicatoria, la posesión del demandado, al igual que la relación de identidad y la singularidad del objeto perseguido son aspectos susceptibles de acreditarse mediante confesión, y que ésta es posible hallarla en la respuesta de la demanda. Por todos, se cita el del 16 de junio de 1982, en el que con toda claridad y precisión se dijo:

“Para demostrar judicialmente que entre una persona determinada y cierto bien se ha establecido una relación de hecho, por virtud de la cual

aquella ha ejercido sobre éste actos materiales de uso, conservación y transformación, sometiéndolo al ejercicio del derecho real de propiedad, que es al que ordinariamente corresponden dichos actos, el derecho probatorio no exige prueba específica, y si bien los medios más adecuados para demostrar la posesión son el testimonio y la inspección judicial, no por eso puede decirse que éstos sean los únicos, o que, como lo pregona la sentencia aquí impugnada, la confesión del demandado sea medio probatorio inidóneo o ineficaz.

“Como desde vieja data lo viene diciendo la Corte en jurisprudencia que por su legalidad no es posible desconocer, cuando el demandado en acción de dominio al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión y la identidad del bien que es materia del pleito. La citada confesión releva al demandante de toda prueba sobre esos extremos de la acción y exonera al juzgador de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión”.

De otra parte, los recurrentes, sin embargo de argumentar que la posesión material no puede ser probada por medio de la confesión, no tienen ningún inconveniente para, a renglón seguido, dolerse de que el Tribunal no parara mientes en los testimonios por ellos aportados con el fin de demostrar la excepción de prescripción, derivada de su posesión material. Con todo, en ninguno de los dos cargos que ahora se despachan viene denunciado el posible error de *ad quem* por la no apreciación de esos medios, lo que significa que en casación el tema queda limitado a lo ya expuesto sobre la respuesta al hecho 7º de la demanda, máxime cuando, reiterando algo que ya se anotó tampoco fue atacada la sentencia en cuanto dijo que la señora Inés Piscal de Igua no acreditó su condición de heredera de Miguel Tulcán Zambrano.

En lo que concierne a los otros dos estribos de la acción reivindicatoria, o sea, a la relación de identidad y a la singularidad de los predios reivindicados, se observa: es innegable que, conforme lo destacan los recurrentes, el *ad quem*, después de transcribir la respuesta al hecho 7º de la demanda, confinó su examen a esta esquemática observación: “. . . esta categórica afirmación de los demandados (la respuesta al hecho 7º de la demanda), permite de una vez, dar por establecidos los presupuestos de posesión material e identidad de los bienes que se pretende reivindicar”, lo que confirma la diligencia de inspección judicial practicada por el *a quo*. Así mismo, es cierto que el inciso 2º del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil le exige al fallador que exponga razonadamente el mérito que le asigna a cada medio probatorio.

Mas a juicio de la Sala, esa laguna no alcanza a generar un error de derecho, según lo pretenden los casacionistas, por lo que a continuación se indica.

Sin embargo de ser verdad incontestable el que una de las modalidades del error de hecho es la omisión en la sentencia de una prueba, la Corte no la ha tenido como óbice para concluir que la falta de cita de algún medio probatorio por parte del Tribunal no representa error de hecho si la resolu-

ción aparece ajustada a derecho. De esta manera lo expuso en fallo del 12 de julio de 1966:

“No se presume la ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas pruebas” (G. J., t. CXVII, Pág. 119).

En el mismo orden de ideas, cuando el fallador sustenta su decisión en pruebas que cita pero de las que no hace ningún análisis evaluativo, y tal decisión se ciñe a los postulados legales, no es posible sostener que en ésta, y por esa causa, se ha caído en un error de derecho.

Si, en cambio, dentro de la misma hipótesis de la no exposición de los motivos de convicción que al sentenciador le ofrecía la prueba, la decisión muéstrase como violatoria de la ley a causa del acogimiento de aquélla, entonces, como es claro, sí sería procedente hablar de la configuración del error de derecho, mas no por el motivo acabado de apuntar, sino porque el juzgador le habría dado a la prueba un valor que no es el que legalmente le compete, o la habría tomado en cuenta con olvido de los requisitos establecidos para su incorporación al proceso, o, en términos generales, por cualquiera de los factores jurisprudencialmente tenidos como definidores del error de derecho, dentro de los cuales, dicese una vez más, no se enlista el que en el presente caso se esgrime.

En conclusión, si ha sido criterio generalizado de la jurisprudencia de la Corte el de que la confesión del demandado es prueba idónea para demostrar su posesión sobre el bien reivindicado, al igual que la identidad y la singularidad de éste; y si, además, la presencia de esos requisitos puede ser corroborada mediante la inspección judicial, se tiene que deducir que en este proceso el Tribunal no cometió ningún error cuando, no obstante haber dejado de darle aplicación al inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, de modo expreso hizo descansar en los referidos medios la existencia de la relación de identidad entre lo reivindicado y lo poseído por los demandados.

En fin, tampoco el *ad quem* pudo incurrir en la misma clase de error cuando dijo que no existía ninguna duda sobre que se trataba de una cosa singular, sin citar las pruebas en las que apoyó esa apreciación, puesto que tal silencio tendría que ser visto no a la luz del error de derecho, según la censura, sino del de hecho, y, dado que lo resuelto es lo que jurídicamente corresponde, esta clase de yerro tampoco emergería por lo que antes se vio.

Los cargos, entonces, no están llamados a triunfar.

Por lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 16 de julio de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario.

Sin costas del recurso.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

DERECHO DE RETENCION

No procede acción reivindicatoria.

No es el proceso reivindicatorio el cause procesal idóneo para obtener la restitución de un bien que los demandados detentan en virtud del derecho de retención que se les reconoció judicialmente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 26 de agosto de 1986.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia de 18 de septiembre de 1984, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario acumulado seguido por César Humberto Restrepo Rendón y otros frente a Bernardo Palacio Soto y otros.

Como quiera que el expediente se destruyó con ocasión de los actos violentos y bárbaros del asalto al Palacio de Justicia del 6 y 7 de noviembre de 1985, se dispuso, por solicitud de ambas partes, su reconstrucción. Luego de adelantarse la actuación, se ordenó ésta, atendida la circunstancia de haberse cumplido con el trámite de rigor.

I. EL LITIGIO

a) Por medio de procurador judicial, César Humberto, Oscar Darío, Martha Margarita, Carlos Enrique, Lucía del Socorro, Luz Marina y Jorge Alberto Restrepo Rendón e Ismenia Franco Aguilar, demandaron a Bernardo, Teresa y Ana Palacio Soto para que declararan que los primeros son dueños proindiviso de un lote de terreno alinderado en el hecho primero del libelo incoativo; que los demandados son poseedores de mala fe; que los demandados deben restituir dicho predio con los frutos civiles y naturales a partir del mes de mayo de 1961; que se condene en costas a los demandados.

b) Como hechos adujeron los demandantes:

“1. Mediante Escritura Pública número 2801 de junio 7 de 1956, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín, que fue inscrita en la Oficina de Registro del Círculo de Medellín, el 6 de agosto siguiente, Jorge L. Bedout del Valle vendió a los señores Enrique Restrepo Garro y Cristóbal Franco Aguilar el siguiente bien inmueble: Lote de terreno número 34 de la manzana C, del plano de la Urbanización Bedout Tamayo, con su edificación correspondiente de dos plantas, situada en la fracción América de esta ciudad y que linda: ‘Por el frente o Norte en 11 varas con la prolongación de la calle 42; por el costado oriental en 28.23 varas con el lote número 33 de la misma manzana (sic); por el Sur en 11.51 varas con los lotes 41 y 42; y por el otro costado u Occidente en 27.58 varas con el lote número 35, de la misma manzana de Jorge L. de Bedout; tiene una área de 321 varas cuadradas’. La descripción y linderos actualizados, de acuerdo al certificado de registro, según anotación 011 son: ‘Por el frente que da al Norte, en una extensión de 8.80 metros, linda con la prolongación de la calle 42 A y sus demás medidas son: por un costado que da al Oriente, en una extensión de 22.58 metros; por el otro costado que da al Sur, en una extensión de 9.20 metros; y por el otro costado, que da al Oriente en una extensión de 22.06 metros. Sobre el terreno existe una edificación distinguida con la siguiente nomenclatura: calle 42A Nos. 68A-37/39/41’.

“2. El derecho correspondiente a Enrique Restrepo G. sobre el referido lote, fue adjudicado, por haber fallecido aquél, a los señores César Humberto, Oscar Darío, Martha Margarita, Carlos Enrique, Lucía del Socorro, Luz Marina y Jorge Alberto Restrepo Rendón, sus herederos, según trabajo de partición que debidamente fue aprobado por sentencia dictada el 29 de marzo de 1979, por el Juzgado Décimo Civil del Circuito, que conoció de la causa mortuoria, providencia la cual fue registrada el 15 de octubre de 1979, en el folio de matrícula inmobiliaria número 001-0101867.

“3. Cristóbal Franco A. también murió, hallándose en trámite el respectivo proceso de sucesión, en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, que por auto de octubre 6 de 1980, reconoció a Ismenia Franco Aguilar como su heredero, estando, por tanto, legitimado para incoar la presente acción.

“4. Ocurre que los señores Restrepo G. y Franco A. permutaron en 1956, por Escritura Pública número 2846 de junio 11 de la Notaría Tercera de Medellín, el mencionado bien al señor Antonio Aristizábal, quien dio a aquélla, en cambio una finca situada en Puerto Berrío.

“5. Antonio Aristizábal, posteriormente, vendió el mismo bien a Gustavo Duque Osorio, en acto que se hizo constar en Escritura número 1075 de abril 10 de 1957, pasada en la Notaría Primera de Medellín. Luego Duque Osorio vendió a los demandados el dicho lote, de acuerdo con la Escritura número 7646 de 10 de diciembre de 1957, elevada en la Notaría Cuarta de Medellín.

“6. Empero, previo el necesario proceso, el contrato de permuta celebrado entre Enrique Restrepo G. y Cristóbal Franco A., de un lado y Antonio Aristizábal, de otro, narrado en el hecho 4, fue resuelto, conforme a sentencia emanada del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, de

17 de agosto de 1959, confirmada por fallo del Tribunal Superior de Medellín, de 10 de marzo de 1960, la que no fue casada por la Corte Suprema de Justicia, según decisión contenida en providencia de esta Corporación, de 4 de mayo de 1961.

“7. Las aludidas sentencias fueron inscritas en la Oficina de Registro, y su natural consecuencia fue, por ende, la ineficacia de los contratos subsiguientes el de permuta resuelto, lo que significaba, además, que el lote que se pretende reivindicar fuera restituido por los accionados a sus verdaderos dueños.

“8. Conocida la decisión de la honorable Corte Suprema de Justicia, no obstante, los demandados han poseído el inmueble, sin proceder a la restitución, detectándolo injustamente, siendo así poseedores de mala fe.

“9. Los causantes de los derechos de mis poderdantes adelantaron diversas gestiones tendientes a la recuperación del lote que ahora se reivindica, sin el éxito esperado, y por razón de oposición pertinaz que los demandados han hecho a la restitución, hecho que ratifica la mala fe en la posesión que han ejercitado, en perjuicio de los señores Restrepo G. y Franco A., primero, y ahora de sus causahabientes”.

c) Conoció el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín de este proceso reivindicatorio que acumuló los procesos de la misma índole que cursaban en los Juzgados Tercero y Cuarto Civil del Circuito de Medellín de los mismos actores contra Juan Botero Bernal y Bernardo Botero Mejía, una vez cumplido el trámite incidental correspondiente; todas las demandas giraban sobre hechos similares pero en distintos predios.

d) Todos los demandados contestaron por separado la demanda aceptando las diferentes transacciones, la resolución del contrato de permuta, el fallecimiento de los causantes actores, pero con la advertencia que por haber sido reputados poseedores de buena fe se les reconoció el derecho de retención hasta el pago de las edificaciones construidas sobre los lotes de terreno. Propusieron las excepciones de “petición de modo indebido”, “petición antes de tiempo” y subsidiariamente “de prescripción”. Por separado formularon como excepciones previas “la de cosa juzgada”, “trámite inadecuado de la demanda” e “ineptitud de la misma”, las que fueron decididas en su oportunidad.

e) El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, por sentencia de 9 de febrero de 1984, negó las súplicas de las demandas reivindicatorias y absolvió a los demandados “de los cargos determinados en los libelos, así mismo declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la parte actora a las costas en los procesos principal y los acumulados”.

f) Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín que, por sentencia de 18 de septiembre de 1984, desató la alzada con revocación del fallo de primera instancia, y, en cambio, declaró: no probadas las excepciones y el dominio de los demandantes sobre los lotes de terrenos aludidos en las demandas con la orden de restitución “dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo, los lotes que cada cual posee”; a su vez reconoció “a los demandados el derecho de retención del inmueble poseído por cada uno de ellos, hasta tanto se les cubre el valor de las mejoras implantadas

en los mismos, pues se les considera poseedores de buena fe”, que serán tasados por los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, negó el reconocimiento de frutos civiles y naturales; por último, impuso la condena en costas de ambas instancias a la parte vencida.

II. MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Comienza el Tribunal con una reseña de los antecedentes del litigio, para entrar, en seguida, en sus propias consideraciones. Y situado en este aspecto hace algunas reflexiones sobre la acción de dominio, de sus alcances y de sus requisitos.

Sentando algunas premisas conceptuales a continuación incursiona en el campo probatorio para concluir que todos los elementos de la acción reivindicatoria se colman en el proceso, para lo cual procede su prosperidad.

Sobre el aspecto de la posesión de los demandados expresamente dijo el sentenciador *ad quem*:

“d) Notificados los demandados de las pretensiones deducidas en los escritos demandatorios posteriormente acumulados, cada cual le dio respuesta por conducto de apoderado común, oponiéndose a su prosperidad, alegando cada uno la falta de la calidad de poseedor y enfatizando la de mero tenedor del predio que a cada cual se le reclama, en base al derecho de retención reconocido judicialmente mientras se les cubre el valor de las mejoras por ellos implantadas en cada uno de los lotes perseguidos; advierten que la entrega se halla condicionada a que los actores deben restituir primero la finca ‘Santa Victoria’ del Municipio de Puerto Berrío, pues en este caso las prestaciones son mutuas, según la sentencia recaída en el proceso resolutorio del contrato de permuta a que alude la escritura pública atrás citada. Destacan que en el referido fallo se les consideró como poseedores de buena fe, alegando además, el fenómeno jurídico de la prescripción, en razón del tiempo transcurrido, petición antes de tiempo y de modo indebido, y que no deben nada por concepto de frutos, toda vez que las construcciones existentes fueron levantadas por ellos por su cuenta y riesgo.

“e) En este orden de ideas, forzoso resulta concluir que si desde un principio se ha considerado a los demandados como poseedores de buena fe, esta posición en modo alguno ha variado y, por ende, se encuentran satisfechos todos los elementos estructurales de la acción de dominio ventilada, lo cual conduce a que el fallo impugnado debe ser revocado, conservando desde luego los demandados el derecho de retención del inmueble que cada cual posee, hasta tanto se les cubre el importe de las mejoras en éstos implantadas, cuyo monto será regulado por el trámite previsto en el artículo 308 del Estatuto Ritual”.

Para negar el reconocimiento de frutos expuso el Tribunal:

“Con todo, según la confesión espontánea vertida por la parte demandante en cada uno de los libelos genitores, en el sentido de que la venta realizada por Jorge L. de Bedout del Valle ‘fue del lote solamente’, es evidente que los predios desprovistos de toda clase de mejoras no dieron

ningún rendimiento, y que los producidos justipreciados por los auxiliares de la justicia provienen de las edificaciones levantadas en cada lote, las cuales construyeron los demandados para residir allí con sus familias o para darlas en arrendamiento a terceros en su propio beneficio; además, no existe prueba alguna indicativa de que los inmuebles discutidos, antes de la implantación de las construcciones alegadas por los demandados como propias, hayan sido destinados a actividades de las cuales pudiera deducirse algún provecho económico. Por consiguiente, no hay lugar al reconocimiento de frutos civiles en pro de los demandantes”.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

Ambas partes recurrieron en casación: El demandante para acusar, en dos cargos, la parte del fallo que niega el reconocimiento de frutos, y el demandado para combatir, en tres cargos, la totalidad de la sentencia. La Corte concentra el estudio en un cargo del recurrente demandado por estar llamado a prosperar.

Cargo segundo de la parte demandada.

Con fundamento en la causal primera de casación acusa el recurrente “la sentencia del Tribunal porque, a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de las probanzas que luego señalaré, quebrantó indirectamente y por aplicación indebida, los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y 962 del Código Civil”.

Anota el censor que “los demandados han sido siempre considerados en los diferentes procesos como poseedores de buena fe; y que han repetido insistentemente que cuando entraron en posesión de los inmuebles lo hicieron ostentando el título de dueños que cada uno tenía sobre su respectivo lote de terreno por haberlo comprado, pero que cuando fueron vencidos en el proceso de resolución del contrato de permuta que celebró Antonio Aristizábal, quien era uno de sus antecesores en el dominio, y condenados a restituir los mencionados inmuebles, entonces y por virtud de la fuerza obligatoria del fallo adverso que ordenó la cancelación de sus títulos, ya no ocupan los inmuebles a título de compradores, sino que los tienen a virtud del derecho de retención que sobre los mismos les reconoció el tantas veces mencionado fallo del 10 de marzo de 1960 (Fls. 15 a 31 del cuaderno 2º y 25 a 40 del cuaderno 4º). Es decir que están ‘en posesión’ de esos bienes raíces, pero sin ánimo de señores y dueños, desde luego que respetan y cumplen el fallo que, al resolver el contrato de permuta antecedente celebrado por quien los precedió en el dominio, dejó sin fuerza los títulos de compraventa que ellos esgrimían para entonces”.

Insiste en que los inmuebles se encuentran en poder de los demandados pero no como poseedores sino como tenedores, situación que se deriva “del derecho de retención que la judicatura les reconoció mientras se les pagan el valor de las edificaciones con las que, de buena fe, mejoraron los inmuebles ahora materia de acción reivindicatoria”.

Asevera el censor que “error evidente de hecho cometió, pues, el Tribunal cuando calificó como ‘poseedores’ y no como ‘tenedores’ a los

demandados. En efecto, a pesar de haber visto, como lo dice bajo la letra D del fallo recurrido, que los distintos demandados (Fl. 52 vto. del cuaderno 2º), en las respuestas (Fls. 52 a 55, 57, 80 a 83 y 110 a 113 del cuaderno 1º) a cada una de las demandas reivindicatorias que separadamente se les promovieron, alegaron la falta de la calidad de poseedores por no ocupar los bienes con señorío, sino en ejercicio del derecho de retención que les fue reconocido, y no obstante haber visto el Tribunal que los demandados han ofrecido entregar los bienes que retienen con autorización judicial, cuando se les devuelva la finca 'Santa Victoria' y se les paguen las mejoras".

Más adelante repara la censura:

"Cuando el *ad quem*, bajo la letra E de la parte expositiva del fallo recurrido (Fls. 52 vto. y 53 del cuaderno 6), basado en que 'si desde un principio se ha considerado a los demandados como poseedores de buena fe', concluyó que 'esta posición en modo alguno ha variado' y que, por tanto, hoy continúan ostentando ellos la calidad de poseedores de los inmuebles que se reivindican, con tal modo de apreciar las pruebas cometió evidente error de hecho, pues con ello, de un lado, cercenó el contenido de los fallos de resolución del contrato de permuta (Fls. 1 a 40 del cuaderno 2º y 14 vto. a 42 del 4º), que al condenar a los demandados a la restitución de los predios que poseían y al ordenar la cancelación de los títulos escriturarios de su adquisición, los venció en su vieja calidad de poseedores y los convirtió en meros tenedores que ahora tienen que reconocer el dominio de sus adversarios en la *litis*, y que actualmente retienen los inmuebles no por creerse dueños de los mismos, sino por el amparo que les concede el derecho de retención que la judicatura les reconoció conforme con lo que disponen los artículos 966 y 970 del Código Civil, por haber plantado mejoras útiles en ellos.

"Cometió pues el *ad quem* evidente error de hecho en la apreciación de las siguientes probanzas que, analizadas en conjunto como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, llevan sin vacilación a la conciencia la certeza de que los demandados son tenedores y no poseedores, así se hayan autocalificado con este último nombre, pues detentan los inmuebles que aquí se reivindican, no con *animus domini*, sino en desarrollo del derecho de retención que les concedió el Tribunal de Medellín en la sentencia de 10 de marzo de 1960:

"1º La sentencia últimamente citada (Fls. 15 a 31 del Cdno. 2º y 25 a 40 vto. del 4º) que expresamente concede a los demandados, en una de sus últimas motivaciones, el derecho de retención de los inmuebles que deben restituir por haber sido vencidos.

"2º Los escritos de contestaciones a las demandas, especialmente el primero (Fls. 52 a 55, 57, 80 a 83 y 110 a 113 del cuaderno principal), donde los demandados manifiestan que tienen los inmuebles no con ánimo de señores y dueños, como los tuvieron antes de ser vencidos en el proceso de resolución de la permuta citada antes, sino en virtud de haber plantado mejoras en ellos y habérseles reconocido judicialmente derecho a retenerlos hasta cuando los demandantes les paguen el valor de sus mejoras y les devuelvan el fundo rústico llamado 'Santa Victoria'.

“3º Los alegatos de conclusión presentados por el apoderado común de todos los demandados, en que se insiste con claridad sobre el hecho de que éstos no retienen los inmuebles a título de dueños, sino en ejercicio del derecho de retención que el propio Tribunal les reconoció y que se encuentra vigente porque los demandantes, ni pagan las mejoras, ni devuelven la finca que sus causantes recibieron de Antonio Aristizábal”.

SE CONSIDERA

Como quedó consignado en la presentación del cargo toda la crítica impugnativa la centra el recurrente en que, teniendo los demandados la calidad de retenedores de los predios reivindicados, el Tribunal los reconoce como poseedores con apoyo en la misma circunstancia fáctica, sólo que el sentenciador no hizo distinción alguna en la relación de hecho aducida por los demandados.

No hay duda, tal como lo han alegado los demandados desde la génesis de este proceso, que por virtud de la sentencia de 6 de marzo de 1960, se les concedió el derecho de retención sobre los inmuebles referidos. Esto significa, por tanto, que el poder de hecho inicial, como poseedores, se mutó por la de tenedores.

No obstante que el poseedor y el retenedor muestran aparentemente una similar relación con la cosa, es decir, un poder de hecho, difieren en cuanto a que la calidad de poseedor supone el ánimo de permanecer en ella como dueño, mientras que el retenedor no alcanza esa voluntad de señorío, porque desde el momento mismo en que por decisión judicial se le concede el derecho a retener prescinde de cualquier relación anterior para ubicarse, con particular efecto, como detentador hasta tanto no se le pague la suma de dinero que justificó un pronunciamiento en tal sentido, o se le asegure a satisfacción la acreencia que legitima la retención; por consiguiente, confiere el derecho a oponerse a todo aquél que pretende algún derecho sobre el bien.

Entonces, cuando el detentador justifica esa relación fáctica, el propietario para alcanzar la restitución de la cosa tiene expedita determinada vía judicial, mas no la reivindicatoria, puesto que ésta persigue la restitución del bien al dueño con enfrentamiento ante el poseedor, como lo previene el artículo 952 del Código Civil.

El derecho, pues, del retenedor a conservar la cosa, impide al deudor-propietario a compeler la entrega hasta tanto no satisfaga el crédito en favor de aquél o asegure el pago. Por eso se insiste: no es el cauce de un proceso reivindicatorio el atinente para la restitución. La garantía, en suerte del detentador, es suficiente para mantener, al margen de cualquier otra consideración de hecho o de derecho, la tenencia de la cosa, en la medida en que permanezca ejerciendo el derecho de retención.

El derecho de retención; mientras no se haya extinguido por algún medio válido, resta posibilidad al deudor para procurar la cosa. El respeto a la retención se convierte en un deber del propietario. En cambio, cuando se ha operado el fenómeno extintor sí puede el dueño ejercitar la acción

de dominio, puesto que la relación de tenencia, justificada por la ley, desaparece o pierde eficacia su oponibilidad.

La aprehensión material inicial, derivada de un contrato que luego se aniquila, propia de actos de señor y dueño, puede generar, luego, una simple tenencia si se concede el derecho de retención para garantizar el crédito nacido de la relación con la cosa.

Para descender al asunto en estudio, y ordenadas las anteriores reflexiones, se observa, como lo anota la censura, que el Tribunal para pronunciarse sobre la prosperidad de la acción reivindicatoria tuvo en cuenta, como supuesto de la posesión de los demandados, en que desde un principio se han considerado a los demandados como poseedores, que "en modo alguno ha variado". Es decir, para el sentenciador ad quem el poder de hecho reconocido a los demandados se reafirmó con la declaración de resolución del contrato de permuta, por cuanto en la sentencia se hizo un pronunciamiento en tal sentido.

Sin embargo, pasó por encima el Tribunal que si bien es cierto que los predios han seguido siendo ocupados por los demandados, también lo es que, desde el momento mismo que por sentencia judicial se les concedió el derecho de retención, se cambió la relación sobre los inmuebles, pasando de poseedores a detentadores, esto es, se mutó el título. La causa de la tenencia radica, entonces, en el derecho conferido judicialmente, el que no puede ser desconocido por el propietario mientras no se extinga por pago o su aseguramiento, por pérdida de la cosa o de la tenencia o renuncia del titular del crédito; o en fin por cualquier medio legal establecido para destruir el derecho de retención.

Si el Tribunal, pues, reparó en el poder de hecho de los demandados sobre los predios reivindicados ha debido concluir que al no darse la extinción del derecho de retención la permanencia de aquéllos descansa en la detentación y no en la posesión. Significa esto que hasta tanto no se les pague el crédito no se les puede demandar con pretensión reivindicatoria la restitución de los inmuebles. Adquiere, por tanto, connotación el aforismo debitum eun re junctum.

Entonces, aplicó indebidamente el Tribunal las normas que disciplinan la acción reivindicatoria, por los errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas presentadas en la censura, en cuanto vio posesión en los demandados, mientras que la verdadera relación con los predios surgió del derecho de retención.

Prospera el cargo, para lo cual se proferirá la sentencia sustitutiva.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Atendidos están los presupuestos procesales y no se aprecia defecto alguno en la actuación.

Para el *a quo* "el derecho de retención salta a la vista de la prueba documental en mención, cual viene a dar entero valor a las afirmaciones con respecto a la calidad de tenedores que tienen los accionados a causa

de la excepcional garantía reconocida en sentencia". Y esta afirmación adquiere respaldo conceptual con lo dicho en el estudio del cargo: si los demandados aceptaron estar ocupando los predios reivindicados lo hicieron con apoyo al derecho de retención concedido judicialmente y la prueba de este aserto se observa en la sentencia de 10 de marzo de 1960, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en la que se dice que "los demandados doctor Botero Mejía, Botero Bernal, Duque Osorio y Palacio S., adquirieron sus derechos en los lotes sitios (sic) en la América y en las edificaciones en ellos construidas, con posterioridad al registro de la escritura de permuta celebrada entre Aristizábal y los señores Franco y Restrepo, en la que consta la obligación o cláusula resolutoria sobre titulación de la finca 'Santa Victoria', que Aristizábal incumplió. De consiguiente, conforme al artículo 1648 del Código Civil los afecta la resolución de dicho contrato, punto sobre el cual no ha habido discusión, y deben restituir tales lotes, a fin de volver las cosas a la situación anterior al citado contrato, como se resolvió en el fallo impugnado. Naturalmente quedan ellos con derecho a que previamente se les pague el valor de las mejoras construidas en esos lotes, como que son poseedores de buena fe, tal como lo reconocen los propios actores desde la misma demanda y resulta del juicio; gozando del derecho de retención, mientras se determina el valor de las mismas y se les hace el consiguiente pago". Consiguientemente, la calidad de retenedores alegada por los demandados, en puridad, legitiman la detentación de los predios hasta tanto, no se les pague estos créditos, derivados de las expensas hechas sobre la cosa. Por esta razón jurídica, la reivindicación no prospera, puesto que no se ha demostrado que el derecho de retención se hubiese extinguido.

Todo lo dicho es suficiente para confirmar el fallo de primera instancia.

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, CASA la sentencia de fecha 18 de septiembre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia de 9 de febrero de 1984, proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín.

2. Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante.

3. Sin costas en casación.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

EJECUCION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

Sentencia. Ejecución o cumplimiento.

El término de dos meses es preclusivo para el ejercicio de los derechos “ante el mismo juez”, pero no implica la caducidad del título ejecutivo que es la sentencia, y por tanto pueden hacerse efectivos a través del proceso ejecutivo “y ante el juez competente conforme a las reglas generales” cualquiera que haya sido la condena.

NULIDAD PROCESAL

La cosa juzgada impide tramitar procesos idénticos. Taxatividad de las causales de nulidad. El pronunciamiento interlocutorio sobre inexistencia de una nulidad solo afecta las que son saneables; en relación con las no saneables, el vicio procesal subsiste.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

Bogotá, D. E., 28 de agosto de 1986.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de julio de 1984, en el proceso ordinario promovido por Marcos Nieto Piñeros contra Elvira Rincón Vda. de Franco, Margarita, María Inés, Clara Luz, Aurelio, José Eduardo y Estefanía Franco Rincón.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 22 de septiembre de 1978, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de esta ciudad, pidió el demandante, por los trámites del proceso ordinario

de mayor cuantía, condenar a sus demandados a *restituirle* el edificio situado en esta ciudad en la Diagonal 53 Nos. 15-05 y 15-07 y carrera 15 N° 53-59, sus mejoras y anexidades; *declarar* sin valor alguno la Escritura 5.391 del 15 de noviembre de 1956 de la Notaría Séptima de Bogotá; *ordenar* la cancelación de su registro y *condenar* en costas y gastos a sus demandados.

II. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* se presentaron los que en seguida se transcriben:

“1º Por sentencia de abril 1º de 1977 del honorable Tribunal Superior de Bogotá, *falló*: 1º... 4º *Se disuelve* por mutuo disenso de sus partes el contrato de promesa de que trata la parte motiva de esta sentencia. Como se ve en la sentencia en la promesa se trata de cambiar, permutar, una finca por el inmueble de la diagonal 53 N° 15-05 y 15-07 y carrera 15 N° 53-59 de Bogotá y alinderado como en la petición primera de esta demanda.

“2º En tal promesa se comprometieron los demandados en este proceso Franco Rincón, a permutar su finca por el inmueble descrito, mi poderdante Marcos Nieto Piñeros sí cumplió su parte e hizo la Escritura citada o sea la número 5.391 de 15 de noviembre de 1956, Notaría Séptima de Bogotá, registrada como ya se explicó y se hizo entrega material.

“3º En la misma sentencia en el numeral sexto el fallo dispuso: ‘A su turno los demandados (son losmos de este proceso —sic—), quedan obligados a restituir al demandante (el actor en éste, Marcos Nieto P.) el edificio que les fue transferido en desarrollo de la promesa y que se identifica en el documento contentivo de ésta, también libre de todo gravamen y limitaciones de dominio, junto con sus frutos civiles’.

“4º Como usted ve en sentencia definitiva y ya ejecutoriada se resolvió el contrato y cada uno tiene que devolver los bienes, pero en la sentencia se *olvidó* pronunciarse sobre el pedimento del actor en cuanto a ordenar que la escritura tantas veces citada se declarara *expresamente* sin valor (se declaró sin valor al ordenar la restitución pero no expresamente) la tan mentada escritura y se *olvidó* *oficiar* a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados a fin de cancelar el registro hecho en cabeza de los demandados Franco Rincón y continuara en cabeza de Marcos Nieto P.

“5º Como es sabido por ley, la orden dada en la parte resolutive de restituir materialmente el bien debió hacerse dentro de los *dos* meses siguientes al auto del inferior de *obedézcase* y *cúmplase* y ello no se hizo por lo mismo de acuerdo con la ley y la doctrina es que acudo a un proceso igual al anterior, es decir, al ordinario.

“6º Repito, la sentencia declaró resuelto el contrato de promesa y ordenó restituir a cada cual lo recibido con sus frutos civiles. Como olvidó ordenar lo que era lógica consecuencia de lo anterior, o sea la cancelación del registro por medio de oficio es lo que yo pido y como no se pidió en tiempo la entrega, acudo al medio que indica la ley, la lógica, la doctrina y la jurisprudencia, o sea, otro proceso igual al anterior en donde como es lógico ya no se discute lo resuelto que entre otras cosas es una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada”.

III. Los demandados se opusieron a las pretensiones del actor, admitieron unos hechos y negaron otros y afirmaron que Marcos Nieto Piñeros no cumplió con todas sus obligaciones conforme quedó demostrado en el proceso que ya se ventiló.

Además de las excepciones invocadas como previas y de la propuesta por Clara Luz Franco Rincón, los demandados plantearon como de fondo la que nominaron "utilización indebida del proceso para obtener el enriquecimiento sin causa".

IV. Rituado el procedimiento de la primera instancia el Juzgado le puso término en sentencia de 19 de diciembre de 1983, declarando probada la excepción propuesta por Clara Luz Franco Rincón y consecencialmente absuelta del cargo formulado en la demanda; ineficaces las propuestas por los restantes demandados, y dispuso en su ordenamiento 3º: "Como consecuencia del fallo definitivo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 1º de abril de 1977, mediante la cual fue declarada disuelta 'por mutuo disenso de sus partes' el contrato de promesa de que trataba tanto aquella sentencia como ésta"; declaró sin valor ni efecto la Escritura 5.391, ordenó cancelar su inscripción y transferencias de dominio como las matrículas subsiguientes; negó la primera súplica de la demanda en la forma como fue presentada y en su lugar ordenó "a las partes estarse a lo dispuesto en la sentencia a que se ha hecho referencia, cuyos numerales 5º, 6º y parágrafo transcribe; advirtiendo que las restituciones mutuas se harán de modo simultáneo dentro del plazo a que se refiere el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, el acreedor que pretende la ejecución deberá acreditar que se halla listo o en condiciones de cumplir la obligación que le es propia".

V. Inconformes ambas partes interpusieron recurso de apelación contra la decisión, habiéndose declarado desierto el propuesto por la demandante por no haber sido sustentado en oportunidad, la cual posteriormente adhirió al de su contraparte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Resuelve el Tribunal, en providencia de 21 de junio de 1984 el recurso interpuesto una vez agotado el trámite de la instancia, confirmando la sentencia "excepto el punto 1º de su parte resolutive, el cual se sustituye para declarar infundada la excepción de 'ausencia de relación jurídica' propuesta por la demandada Clara Luz Franco Rincón", relata en los *antecedentes* la existencia de proceso ordinario anterior entre las mismas partes en que se dispuso por sentencia definitiva la resolución por mutuo disenso del contrato de promesa de permuta y se ordenó la restitución de los bienes, anotando que tal sentencia "pretermitió el expreso pronunciamiento sobre la vigencia o sobre la anulación de la Escritura Pública 5.391" . . . y de otro lado, el demandante, que lo fue también en el proceso anterior, omitió hacer efectiva la restitución material de dicho inmueble dentro de los términos que manda el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual "la demanda de ahora pretende que se ordene

nuevamente la restitución, a favor del demandante y a cargo de los demandados del edificio anteriormente referido”, que se declare sin valor la escritura y se ordene la cancelación de su registro.

Dentro de las *consideraciones* el Tribunal encuentra respaldo al proceso en la necesidad de complementar el fallo anterior y de revivir para las partes “el derecho de lograr plenamente el cumplimiento de la sentencia ya dictada, pero advierte que el resultado de este proceso es de alguna manera dependiente de la sentencia que ya fue dictada en 1977, en cuanto que nada de ella puede ser modificada, sino tan sólo lograr su necesaria y consecuente complementación, así como también habrá de servir para revivir el término procesal idóneo para su ejecución”.

LA IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN

Tres cargos formula el recurrente con apoyo en las causales 5^a, 3^a y 1^a del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, abocando la Corte el análisis del primero de los propuestos por estar llamado a prosperar.

Cargo primero.

Se acusa la sentencia “por haber recaído, tal como fue pronunciada, en un proceso viciado de nulidad, o sea, haberse revivido un proceso legalmente concluido y haberse seguido un procedimiento distinto al que legalmente corresponde”, causales contenidas en los numerales 3^o y 4^o del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, pues “la demanda apunta entre otras cosas —manifiesta el recurrente—, a que en cumplimiento de un fallo anterior entre las mismas partes, se condene a los demandados a restituir al demandante Marcos Nieto Piñeros un edificio ubicado en esta ciudad, devolución que se había ordenado en sentencia firme y ejecutoriada entre las mismas partes, que debía cumplirse dentro de los dos meses siguientes al auto de obediencia, lo que no habiendo sucedido motivó el que se acudiera a un proceso igual al anterior, ‘es decir al *ordinario*. Así fue como el demandante Marcos Nieto obtuvo nueva declaración de entrega o restitución’, siendo lo procedente ‘solicitar su cumplimiento dentro del término *de dos* meses previsto en el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, ante el mismo juez de la primera instancia del proceso *y a continuación* del mismo; o vencido dicho término, acudir al cobro ejecutivo de las condenas impuestas en la sentencia; proceso que no puede ser distinto del ejecutivo’, pues sería absurdo ‘que esta ejecución deba someterse al trámite ordinario o de conocimiento’”.

Otros diversos argumentos apunta el casacionista en sustentación del cargo, considerando inútil un segundo proceso de la misma índole que podría atentar contra pretensiones ya decididas. “El dilema es: o en los dos meses se sigue proceso ejecutivo *dentro* del mismo proceso donde se pronunció la condena, o se sigue proceso ejecutivo separado *después* de vencido este bimestre”; para rematar en que “se ha encarrilado indebidamente por vía ordinaria lo que ha debido ser la ejecutiva, incurriéndose, por tanto, en la nulidad prevista en los numerales 3 y 4 del artículo 152

del Código de Procedimiento Civil, todo lo cual es motivo de casación al tenor del artículo 368 *ibidem*'.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se ocupará la Corte del primer cargo, pues cualquiera de los dos motivos de nulidad, o los dos de manera concurrente, configuran la causal de casación.

1ª Se estructuran a través del primer cargo dos motivos de anulación, ambos dentro de la causal 5ª, pues uno es el contenido en el numeral 3º "cuando el Juez procede contra providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos", y, otro, aquel a que alude el numeral 4º "cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente corresponde", ámbitos diferentes, de consecuencias diferentes, pues que el primero toca con la organización funcional, el respeto a las jerarquías establecidas, al mismo ordenamiento del proceso y con el fenómeno de la cosa juzgada que desemboca en la carencia de competencia; y el segundo, con la pretermisión del procedimiento por el acogimiento de una vía procesal que no es la adecuada.

a) Numeral 3º, Art. 152.

1ª Dividiendo su estudio como corresponde, y entrando en el del primer motivo de nulidad es conveniente recordar que *la cosa juzgada* procesalmente atañe en sus efectos a dotar a ciertas providencias, generalmente a las sentencias, de una especial calidad que tiende a evitar que entre las mismas partes (sujetos), por igual causa (hechos) y sobre idéntico objeto (pretensión), pueda instaurarse un nuevo proceso para darle a la decisión proferida sobre la cuestión debatida la calidad de definitiva derivando en los fines de seguridad social y jurídica para permitir y garantizar el goce legítimo de los derechos que el proceso procura.

Son elementos configurativos de la cosa juzgada: el subjetivo que mira las partes entre quienes se surtió el proceso y el *objetivo* que se refiere al *petitum* o pretensión y a los hechos que la sustentan, o causa para pedir.

Si se observan estos elementos en relación a la situación en *litis*, se tiene que son unos mismos los sujetos en ambos procesos y es uno mismo su objeto en cuanto a la pretensión y a los hechos que la sustentan, pues en ambos se invoca la resolutoria con las consecuencias propias a ella.

No se considera viable a pretexto de obtener el cumplimiento de la sentencia primeramente pronunciada, cuya ejecución no se demandó oportunamente, intentar entre las mismas partes iguales pretensiones para obtener igual pronunciamiento, sin dejar de lado los principios que gobiernan la obligatoriedad de las sentencias y la firmeza de la decisión dada al conflicto planteado a la jurisdicción del Estado.

3ª Ciertamente, entre las mismas partes en virtud de demanda anterior intentada por Nieto Piñeros *en junio de 1974*, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero de este Circuito Civil, se solicitó *declarar* resuelto el contrato de promesa de permuta suscrito entre aquél por una

parte y los Franco por otra el 3 de diciembre de 1956; como consecuencia *declarar* sin valor alguno la Escritura 5.391 de 15 de noviembre de 1956 de la Notaría Séptima de Bogotá, *ordenar* la cancelación de su registro, y *ordenar* que ejecutoriada la sentencia los demandados hagan entrega inmediata del inmueble a que se refiere la petición segunda; pretensiones que en definitiva, aun cuando no por las mismas razones invocadas en la demanda, obtuvieron despacho favorable en sentencia de abril 1º de 1977.

4ª Posteriormente en libelo de 22 de septiembre de 1978 que correspondió al Juzgado Diecisiete, Nieto Piñeros entabló nueva demanda ordinaria en contra de los mismos Elvira Rincón Vda. de Franco y Francos, a fin de obtener iguales declaraciones y condenas, pretensiones que tuvieron su fundamento en los hechos que inicialmente aparecen transcritos en esta decisión, tomados, como de su lectura se desprende, de la sentencia de abril 1º del Tribunal Superior, aduciendo además el haberse omitido disponer la cancelación de la escritura de traspaso del edificio y su registro y el “no haberse dado cumplimiento a dicho fallo dentro de los dos meses previstos en el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil”.

No se requiere esfuerzo alguno para concluir diáfamanamente que la finalidad de esta *segunda* demanda estructurada en su pretensión primera: “condenar a los demandados a restituir a Marcos Nieto Piñeros el edificio”, se encuentra palmaria y claramente resuelta en la sentencia de abril 1º de 1977 que dispuso en su ordenamiento 6º: “A su turno los demandados quedaban obligados a restituir al demandante el edificio que les fue transferido en desarrollo de la promesa y que se identifica en el documento contentivo de ésta, también libre de todo gravamen y limitaciones de dominio, junto con sus frutos civiles”, y a aquél, consecuentemente a “restituir a los demandantes libre de todo gravamen y de toda limitación de dominio, la finca La Trinidad que estos últimos entregaron, junto con sus frutos naturales”, lo que implica pronunciamiento en firme respecto a la situación contractual debatida entre las partes.

No es difícil concluir que se reúnen los elementos integrantes de la cosa juzgada.

5ª *Está fuera de discusión la taxatividad de las causales generadoras de nulidad por acogimiento en nuestro sistema procesal de la teoría de la especificidad como delimitado al campo de aquéllas que pueden alcanzar saneamiento expreso o tácito y de las que no lo admiten consideradas como absolutas, de contenido imperativo, trascendentes durante toda la vida del proceso, pues apuntan a la organización de la jurisdicción y del conocimiento primando el interés general sobre el particular, limitadas a la carencia de jurisdicción o de competencia y a la pretermisión de la totalidad del trámite (Arts. 1, 2, 3 y 4); lo que implica que aun existiendo pronunciamiento previo sobre cualesquiera de estos aspectos, si fuere equivocado, el defecto perduraría.*

Los incisos 1º del artículo 152 y 4º del 155 son claros al respecto: la taxatividad de las causales impone el rechazo de plano de aquéllas que no se encuentran normadas, de las fundadas en hechos que debiendo ser propuestos en la etapa exceptiva previa, no lo fueron y son susceptibles de saneamiento, o, contengan, en aplicación del principio no bis idem una

petición igual o similar sobre la cual haya existido pronunciamiento anterior o allanamiento, pues que en tales casos la causal ha desaparecido, mas no en aquellos en que el silencio conduzca al juez a su obligado pronunciamiento en la decisión final por ser de orden público.

Mas el desaparecimiento de la causal por existir pronunciamiento anterior, no podrá referirse, como del mismo ordenamiento se desprende, sino a aquellas que por su naturaleza son saneables y no a las insubsanables, pues que si el pronunciamiento incidental ha sido equivocado el vicio procesal subsiste, sin que se haga imposible su invalidación posterior por mandato del artículo 157, o su posterior ataque a través de los recursos extraordinarios de casación o revisión conforme a los numerales 5º del artículo 368 y 7º del 380, causales que sobrarían si se entendiese que por existir pronunciamiento incidental anterior, automáticamente han desaparecido como motivos del recurso.

Sabido es que lo interlocutorio no ata a lo principal y que como fin primordial de este extraordinario se confiere a la Corte la unificación de la jurisprudencia, la guarda del derecho objetivo y la enmienda consecuen- cial de los perjuicios que hayan podido sufrir las partes, aspecto relievante ante la violación de aquellos principios cuyo desconocimiento desemboca en la ineficacia e invalidez de los actos procesales.

Constituye motivo para quebrar una sentencia la presencia de vicios de invalidez conforme a la enumeración taxativa del artículo 152 del sistema procesal civil, siempre y cuando se reclame por parte legítima y no hayan sido saneados, sin que sea obstáculo encontrar en el estudio del cargo que sobre tal aspecto haya existido pronunciamiento previo, entra- tándose de defectos insubsanables.

Sentadas las premisas anteriores se concluirá que en este proceso se hace presente el fenómeno de la cosa juzgada, pues la esencia del mismo se da, así difieran los términos en que las pretensiones aparecen propues- tas, pues no bastará el cambio en la redacción o en la sintaxis de la de- manda, para anular sus efectos.

El que no haya existido pronunciamiento concreto sobre la cancelación del título y su registro, no agrega ni resta para las conclusiones anteriores, porque a más de ser consecuen- cial a los ordenamientos proferidos, permitía impetrar la adición de la sentencia, o intentar recurso extraordinario por no haber pronunciamiento sobre todo lo pedido, o reclamarse en la etapa de su ejecución.

b) Numeral 4º, Art. 152.

6ª Las consideraciones anteriores no serían sin embargo completas, a pesar de ser suficientes para el quebrantamiento de la sentencia, si no se penetrara en el examen de la causal en forma íntegra como aparece pro- puesta, o sea, con el estudio de la correspondiente al numeral 4º por *pre- terición del procedimiento*, lo que permitirá una visión global del problema, pues constituye *causa petendi* de la segunda demanda, la consideración de que *la sentencia primeramente pronunciada no tuvo cumplimiento den- tro de la oportunidad señalada por el artículo 337 del Código de Procedi-*

miento Civil, por cuya razón el demandante se considera legitimado para proponer un segundo proceso de igual naturaleza al anterior, "en donde —agrega—, ya no se discute lo resuelto que entre otras cosas es una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada".

7ª Efectivamente, en la forma en que lo permite el artículo 337 "el Juez que haya conocido del proceso en primera instancia procederá a entregar el inmueble o el mueble que pueda ser habido y que fue secuestrado, cuya entrega fue ordenada en la sentencia, si la parte favorecida se lo solicita dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de aquélla o del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior"; derecho procesal que por lo tanto queda en su ejercicio oportuno a voluntad "de la parte favorecida".

Aun cuando la preceptiva de aquella disposición difiere a la del artículo 335, ha sido unánime la opinión de que el término en tales normas señalado, preclusivo para el ejercicio de los derechos "ante el mismo Juez", no puede implicar su caducidad, no sólo porque ésta debe ser expresa, sino por advertirlo así el 335, que encontrándolo vencido, ordena se siga por proceso separado, pues la sentencia no podría perder su efectividad y no lograr su objetivo, haciéndose extensiva la situación que regla el artículo 335 a la situación que regla el 337, ya que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición, y por cuanto el Título XVI "efectos y ejecución de las providencias", cobija en su totalidad la reglamentación en su Capítulo II sobre "ejecución de las providencias judiciales".

Depende entonces de la voluntad y diligencia de la "parte interesada" que el cumplimiento de la sentencia cualquiera que sea, tenga ocurrencia "ante el Juez de la primera instancia del proceso en que fue dictada y a continuación del mismo", estando para ello investido de competencia funcional, o, lograrla en ocasión diferente "y ante el juez competente conforme a las reglas generales".

Aun cuando acá en estricta rigidez no podría hablarse de parte interesada, pues ambas lo serían, corresponde al demandante y ha sido éste quien ha manifestado interés en su cumplimiento, tanto que ha acudido a un segundo proceso. Pero, ¿a qué clase de proceso dentro de la clasificación tradicional que de aquél se hace como conjunto de actos para la realización de un fin jurisdiccional? Al proceso ordinario por su aspecto formal, y declarativo de condena por su objeto o finalidad.

9ª No es del caso profundizar en la razón de ser de la clasificación ni mucho menos de las funciones que se cumplen por la jurisdicción en sus fases de declaración y ejecución, pues son aspectos establecidos de vieja data por la jurisprudencia y la doctrina. Basta enunciar que la declaración opera sobre pretensiones discutidas que obliga a determinar a quién asiste razón, y, la ejecución sobre pretensiones insatisfechas que impone lograr su satisfacción, conformando título de ejecución la sentencia de condena por ser la única que trasciende más allá de su pronunciamiento dando paso a una ejecución transformativa y no simplemente administrativa como sucede en la llamada de "constitución".

Por lo tanto, existiendo la declaración y la imposición consecuencial de obligaciones que deban ser satisfechas para la restauración del equili-

brio jurídico, procede la ejecución de lo así dispuesto, sin que pueda volverse, retrotraerse o retrocederse al procedimiento declarativo so pena de tocar los límites de la cosa juzgada, o incurrir en vicios de procedimiento.

10ª No enuncia la ley procesal en su artículo 337 qué clase de proceso habrá de seguirse vencidos los dos meses para intentar el cumplimiento de la sentencia “ante el Juez de la primera instancia del proceso”, lo que ha dado lugar a diversidad de interpretaciones.

Sin embargo, no encuentra la Corporación oscuridad en su reglamentación, aun cuando sí falta de concordancia entre sus disposiciones, pues parte del supuesto establecido de la ejecución de las providencias judiciales, lo cual impone desde ya y de plano desechar toda fase de conocimiento para entrar directamente a la de ejecución ya se trate de obtener la satisfacción de obligaciones que hayan impuesto el “pago de una suma de dinero, o la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer” (Art. 335), o bien para “entregar el inmueble, o el mueble que pueda ser habido y que no fue secuestrado” (Art. 337).

En uno y otro caso se configura por su naturaleza, por sus características y por disposición legal un título ejecutivo, y el único camino a seguir no puede ser diferente al del proceso de ejecución superada su etapa de declaración para lograr la realización o satisfacción de lo decidido.

Por otra parte, no existe razón alguna para escindir las disposiciones de los artículos 335 y 337 y concluir que la situación reglada en el segundo conlleva a un proceso de conocimiento, y la del primero en cambio, por así consagrarlo expresamente, conduce a un proceso de ejecución; cuando en ambos casos se está ante la misma situación: la existencia de una sentencia de condena o de imposición de una responsabilidad que como tal, y por sí misma, conforma título de ejecución. La simple aplicabilidad del principio de “economía procesal” aconseja esta conclusión.

Si en el segundo de los casos debiera acudir al mismo proceso, su objeto y su finalidad no podrían diferir de las del proceso inicial buscando revivir el término o la oportunidad para el cumplimiento o ejecución de la sentencia, repitiéndose o volviéndose sobre la orden inicialmente impartida, pudiendo hacerse infinita la cadena tantas cuantas veces aquella no tuviera cumplimiento oportuno, lo que claramente permite concluir que no se requiere más de un ordenamiento por cuanto el segundo, o los sucesivos, simplemente lograrían su reiteración, pues si hubiere oportunidad para traer al nuevo proceso aspectos no discutidos o sucedidos con posterioridad a la sentencia firme, se estaría ante un proceso diferente. No es aceptable que con un título ejecutivo como es la sentencia de condena, se demande nuevamente en proceso similar de conocimiento.

Acoger la tesis de la repetición de un proceso ordinario o similar al anterior, además de inútil, resulta ilegal, pues la relación procesal finaliza con la sentencia que agota en concreto y para este conflicto la jurisdicción del Estado al pronunciarla y finaliza su competencia. De otro punto de vista el proceso es de conocimiento por oposición al proceso de ejecución. El primero hace ciertas las relaciones jurídicas en la sentencia; el segundo

trata de ejecutar las prestaciones correspondientes a ella. El primero se consume por la ejecutoria de la sentencia definitiva que hace tránsito a cosa juzgada. La competencia se agota allí. La ejecución corresponde a otro proceso distinto. Repetir el proceso ordinario es repetir una competencia agotada y por lo tanto revivir un proceso legalmente concluido.

11. El título ejecutivo está constituido por la sentencia, como tal suficiente para proferir orden de cumplimiento, pues contiene en sí misma exigibilidad de ejecución conforme al mandato del artículo 334, que se entiende general y puede hacerse extensivo a “las sumas que hayan sido liquidadas en el proceso en razón a costas, perjuicios o multas a favor de la misma parte por condenas anteriores a la sentencia, siempre que no se haya iniciado con tal fin proceso ejecutivo separado” (Art. 334.3). “A la demanda se le dará el trámite del proceso ejecutivo, pero la notificación del mandamiento de pago se hará al deudor como lo dispone el artículo 205” (Art. 335.4). “Vencido el término señalado, el cobro ejecutivo de las condenas impuestas en la sentencia y en los autos anteriores a ésta, sólo podrá adelantarse en proceso separado y ante Juez competente conforme a las reglas generales” (Arts. 335.5).

12. Igual procedimiento corresponderá en observancia del artículo 334, tratándose de la entrega de bienes inmuebles que no fueron secuestrados y “cuya entrega fue ordenada en la sentencia, si la parte favorecida se lo solicita dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de aquélla o del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior” (Art. 337), o, si se hubiere impuesto condena in genere desde la ejecutoria del auto que apruebe su liquidación o del que ordene obedecer, o, si se fijó plazo para su cumplimiento, desde su vencimiento (Art. 335.2).

13. Como queda visto son aplicables a la situación que regula el artículo 337 los ordenamientos contenidos en los incisos 2 a 6 del artículo 335, por lo cual sin necesidad de acudir a reglas generales o especiales de interpretación se concluye que, vencido el término señalado para el cumplimiento de la sentencia “dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de dicha sentencia, ante el Juez de primera instancia del proceso en que fue dictada y a continuación del mismo”; podrá exigirse la ejecución de la providencia judicial una vez ejecutoriada y el cobro ejecutivo de las condenas impuestas (Arts. 334-335), “en proceso separado”, siguiendo las reglas generales de competencia, lo que en tales casos conduce a solicitar mandamiento de ejecución sobre aquélla como constitutiva de título ejecutivo para lograr el cumplimiento de la obligación de “entregar”, permitiendo, como sucedería en el trámite posterior ante el mismo Juez o en el proceso ejecutivo en general, la discutibilidad de las situaciones que plantea el artículo 338, también de aplicación general por referirse a situaciones que pueden presentarse al momento de su ejecución y por lo tanto al momento de la entrega de inmuebles, y no exclusivamente a la de entrega de bienes muebles o de cosas de género.

En igualdad de condiciones su trámite permitirá la aplicación del artículo 339 y en lo pertinente al trámite exceptivo, con las limitaciones propias impuestas por la naturaleza del título de acuerdo al inciso final del artículo 335.

La discusión que pueda generarse en razón al cumplimiento de la sentencia, en este caso de la entrega del bien inmueble, habrá de circunscribirse al ámbito mismo de aquélla sin que por lo tanto varíe en forma alguna la posición o la situación de las partes o los derechos que a ellas correspondan, pues aparece imposible la modificación de lo decidido.

RESOLUCIÓN

En vista de las consideraciones anteriores, 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 11 de julio de 1985, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y como consecuencia DECLARA la nulidad de la totalidad de su actuación a partir del auto admisorio de la demanda.

Costas de las instancias a cargo de la parte demandante. Sin costas en el recurso.

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

Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha, Gustavo Fajardo Pinzón, Conjuez.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Debemos separarnos del criterio de la mayoría en vista de las siguientes razones:

1. No existe la causal de nulidad del numeral 3º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil porque, tal como lo reconoce el propio fallo al estudiar el otro motivo de nulidad invocado, en la *causa petendi* de la demanda con la que se inició este proceso, se indica que la sentencia del anterior proceso careció de cumplimiento dentro de la oportunidad del artículo 337 *ibidem*. Consideramos que este aspecto, lo mismo que el que tocamos en la parte final del salvamento, constituye uno de los soportes esenciales de la pretensión aquí deducida, lo que lleva a decir que la *causa petendi* no es la misma en el anterior y en el actual proceso; y, faltando esta identidad en torno a uno de los elementos configurantes de la cosa juzgada, se tiene que seguir, de modo indefectible, que los procesos son diversos, por lo que, como ya lo anticipamos, no se ha incidido en la causal de nulidad del ordinal 3º del citado artículo 152.

2. A fin de descartar la otra causal de nulidad, o sea, el haberse seguido un procedimiento distinto del que legalmente corresponde (Num. 4º, Art. 152), y dado que en el fallo del que disintimos se concluye que

la vía procesal que acá ha debido escoger la parte demandante era la ejecutiva, consideramos pertinentes las siguientes reflexiones:

El Código no tuvo a la ejecución como el instrumento procesal adecuado para obtener la entrega de un bien inmueble, pero sin que esta circunstancia pueda tenerse como un olvido o vacío del ordenamiento, según parece inferirse de la decisión mayoritaria cuando invoca el criterio extensivo o analógico (*eadem ratio*), pues refleja una posición deliberadamente adoptada por el autor de la norma que, al palpase nitidamente en diferentes partes del mismo Código, tiene que conducir a la búsqueda de una solución diferente a la que ahora prohija la mayoría de la Sala.

En efecto, cuando el Código trata de la ejecución de las providencias judiciales, y a pesar de que así denomine el correspondiente capítulo, separa tajantemente "el pago de una suma de dinero, o la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer" (Art. 335), para las que contempla la ejecución en el mismo proceso en el que se produjo la condena, o en proceso separado, de la entrega del inmueble, o del mueble no secuestrado, entrega también ordenada en la sentencia (Art. 337), hipótesis para las que no señala ninguna remisión al proceso ejecutivo (salvo, claro está, lo concerniente a los bienes muebles no secuestrados, inexplicablemente citados en uno y otro precepto); y ello cuando hubiera sido muy sencillo incluir también en el artículo 335 lo concerniente a la entrega de los bienes inmuebles ordenada en la sentencia y prescindir de la reglamentación erigida en el artículo 337.

En consecuencia, esa separación establecida en la propia ley no se podría tornar, por obra del intérprete, en una unificación, máxime cuando, al generalizarse este criterio, llega a producir los incongruentes efectos que poco después mencionaremos.

Por otro lado, si se repasa el proceso ejecutivo (artículo 418 y siguientes C. de P. C.), se nota al primer golpe de vista que en él no se contempla la entrega de inmuebles como asunto posible de ser diligenciado por tal vía, desde luego que al referirse a los objetos de las distintas obligaciones, cuya satisfacción puede perseguirse mediante él, no menciona la prealudida clase de bienes. Naturalmente, la cuestión podría ofrecer una perspectiva por completo diferente, y, por lo mismo, la tesis de la que nos separamos poseer un soporte más consistente, si dentro del proceso ejecutivo se hubiera hecho referencia a la entrega de bienes inmuebles como materia específica de la ejecución, lo que, como venimos diciendo, no ocurrió.

Además, altamente ilustrativo resulta observar cómo la entrega de los bienes, cuya tradición se efectúe por la inscripción del título en la Oficina de Registro, la sujeta el código al proceso abreviado (Art. 431), no obstante que esa entrega pueda ser la expresión de una obligación cobrable ejecutivamente. Pero, por si fuera poco, aquí se halla, y de manera por demás elocuente, la consecuencia ilógica que genera la extensión de la tesis mayoritaria, pues ¿qué ocurre si dentro del proceso del artículo 431, ordenada la entrega del inmueble, se dejan pasar los dos meses establecidos en el artículo 337 sin solicitarla? Transecurridos esos dos meses,

¿habrá que acudir al proceso ejecutivo, conforme se desprendería de la tesis mayoritaria? Y si es así, entonces, ¿por qué no haber echado mano del ejecutivo desde un principio, máxime cuando muy seguramente se contaba con un documento cuyas características se ajustaban a las exigencias del artículo 418 *ibidem*? Claro que se podría decir que esto no era posible en vista de la especialidad del procedimiento instituido por el legislador. Y como no existe otra respuesta, habría, por ende, que concluir, que esa supuesta falta de lógica es del legislador y no de su intérprete. Sin embargo, en la medida en que el legislador creó un sistema que, aun cuando pueda catalogársele como discutible bajo ciertos respectos, guarda la debida armonía y coherencia internas, no es adecuado endilgarse a él y a las normas que se comentan, la crítica atrás señalada por lo que se vuelve al punto de partida, o sea, que si la vía ejecutiva se extiende a la entrega de inmuebles ordenada en una sentencia, se desconoce el propio sistema sobre el que, en tal materia, se encuentra montada la preceptiva del Código.

3. A lo hasta aquí dicho cabría agregar que siendo la analogía o la aplicación extensiva la piedra de toque de la tesis de la que nos separamos, ese criterio no debería ser de recibo, pues, en materia de procedimientos no pueden existir vacíos que el intérprete esté autorizado para llenar. Es tan cierto esto que el propio ordinal 4º del artículo 152, al erigir la respectiva causal de nulidad, dijo: "Cuando se sigue un procedimiento distinto del que *legalmente* corresponda"; como quien dice, el procedimiento es instituido por la norma, por el precepto, no por el intérprete. Y no podría ser de otro modo en la medida que, como nadie lo discute, este ordinal 4º se le tiene como un desarrollo del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Precisamente por eso, o sea, porque el procedimiento a seguir ha de ser obra de la ley, es por lo que, en materia procesal civil, el artículo 396 dice que "se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial", precepto que carecería de razón de ser si los procedimientos fueran escogibles analógicamente, toda vez que siempre existiría algún motivo para encontrar semejanzas entre distintos asuntos.

4. Ahora bien, ¿cuál proceso corresponde seguir para el caso en que se dejen vencer los dos meses contemplados en el artículo 337 para la entrega? Creemos que uno del mismo tipo del inicialmente diligenciado. No *igual* como se asevera en la sentencia, puesto que en el segundo proceso se tiene que contar con hecho cardinal que, por la misma naturaleza de las cosas, no era factible tener presente en el anterior, a saber, la entrega que, ordenada en la sentencia, se malogró por no haberse solicitado en tiempo. Sin que sobre puntualizar que si en el segundo proceso no se hace mención del precedente y de la sentencia allí proferida, sí se daría la coincidencia radical de los elementos configurantes de la cosa juzgada y, por lo mismo, emergería la causal de nulidad del ordinal 3º. Mas si el segundo proceso, como acá ha sucedido, arranca, precisamente, del no cumplimiento del fallo obtenido en el anterior, es incuestionable que se está ante un proceso distinto, eso sí, a tramitarse por la misma vía del precedente.

¿Por qué un procedimiento de tal tipo? Sencillamente porque el término de dos meses consagrado en el artículo 337 es de decadencia o cadu-

cidad del derecho a obtener la entrega decretada en la sentencia, en lo que también se halla una razón adicional para notar cómo no es legalmente de recibo el invocar la vía de la ejecución singular como la idónea para despachar el asunto. El que la norma no le asigne ese calificativo de manera específica o expresa, nada le resta a su verdadera naturaleza jurídica, aprehensible *prima facie*. Muchos casos hay en que un término se tiene como de caducidad sin necesidad de que la norma así lo califique; v. gr., el del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, según reiteradísima definición jurisprudencial de la Corte.

Hablamos del término erigido en el artículo 337. Porque la situación es diferente en el artículo 335, ya que acá, si bien se señala un plazo similar para deprecar la ejecución ante el mismo Juez, se abre también la posibilidad de buscar luego, esa ejecución, en proceso separado.

5. Para terminar, y circunscribiéndonos a un aspecto particular del presente negocio, existen en él dos pedimentos que justificaban plenamente el adelantamiento de un proceso ordinario, y no de uno ejecutivo: nos referimos a las solicitudes de declaratoria de invalidez de la Escritura Pública número 5391 y de cancelación de su registro, omitidas en la sentencia con la que culminó el proceso anterior, pues, ¿de qué otro modo podía la parte actora lograr este propósito? No es posible decir que esas pretensiones hubieranse extinguido (¿caducado?) por no solicitarse en tiempo adición o revisión del fallo a la sazón citado. Ni tampoco que se pueden, ahora, sujetar al proceso de ejecución, por obvios motivos. Entonces, el único camino que le quedaba a la parte demandante fue el por ella escogido, es decir, la introducción del proceso, cuya nulidad se está decretando por la Corte.

Dejamos, pues, en los anteriores términos consignado nuestro disenti- miento con la tesis adoptada en la sentencia anterior, y, en virtud de los mismos, creemos que el cargo no ha debido salir triunfante.

Fecha, *ut supra*.

Alberto Ospina Botero, Héctor Marín Naranjo.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Actividad peligrosa. Parangón entre indicio y presunción. Culpa de la víctima.

PRUEBA

Trasladada. Si se practicó sin audiencia de la parte contra la cual se aduce en el nuevo proceso, la declaración debe ser ratificada a solicitud de parte o de oficio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*

Bogotá, D. E., 29 de agosto de 1986.

1. La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la sociedad "Autobuses Unidos del Sur, S. A.", contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 23 de septiembre de 1985, dentro del proceso ordinario propuesto por Libardo Ospina Cardona y Ligia Macías de Ospina, en su carácter de representantes legales de la menor impúber Doris Yaneth Ospina Macías, hija legítima de los demandantes, contra Serafín Gutiérrez, Reinaldo Serrano y la sociedad "Autobuses Unidos del Sur, S. A.".

I. ANTECEDENTES

2. Libardo Ospina Cardona y Ligia Macías de Ospina, en su calidad de representantes legales de la menor impúber Doris Yaneth Ospina Macías, propusieron demanda ordinaria contra Serafín Gutiérrez, Reinaldo Ospina y la sociedad "Autobuses Unidos del Sur, S. A.", que correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, con el fin de obtener los siguientes pronunciamientos:

“1º Que ‘Autobuses Unidos del Sur, S. A.’, Reinaldo Serrano y Serafín Gutiérrez, son solidariamente responsables de las indemnizaciones de los perjuicios ocasionados a la niña Doris Yaneth Ospina Macías, quien es menor impúber, con ocasión del accidente ocurrido el día 15 de febrero de 1983, en el Municipio de Algeciras, causadas por el vehículo bus mixto marca ‘Dodge’, distinguido con las placas VX-2129 de propiedad de Reinaldo Serrano, conducido por el señor Serafín Gutiérrez y afiliado a la empresa ‘Autobuses Unidos del Sur, S. A.’.

“2º Que en consecuencia de la anterior declaración, se condene a los demandados, a pagar a mis mandantes por concepto de indemnización, la cantidad de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00) moneda corriente, por pérdida total de la pierna derecha de la niña Doris Yaneth Ospina Macías.

“3º Que se condene a los demandados al pago de los perjuicios morales ocasionados a la niña Doris Yaneth Ospina Macías, con ocasión del accidente de tránsito y que consiste en el complejo que tendrá para toda la vida, la pérdida de su pierna, el dolor permanente de su incapacidad y el desprecio que generalmente da la sociedad por este solo hecho, por lo cual lo estimo en la cantidad de dos millones de pesos (\$ 2.000.000.00) moneda corriente”.

“4º Que se condene a los demandados al pago de las costas”.

Con el fin de fundamentar las peticiones anteriores, los demandantes formularon la siguiente relación de hecho:

“1. El día martes 15 de febrero de 1983, cuando Serafín Gutiérrez conducía el bus mixto marca ‘Dodge’, distinguido con las placas VX-2129, atropelló a la niña Doris Yaneth Ospina Macías, en el Municipio de Algeciras cuando transitaba por la carrera 6ª frente a la casa N° 6-39.

“2. El conductor del citado vehículo, según testimonios venía distraído, ya que en el momento del accidente venía hablando con una mujer que venía en la banca del conductor a su lado izquierdo.

“3. La vía donde ocurrió el accidente es amplia, de mucha visibilidad y sin congestión de tránsito, ya que cada media hora cruza un vehículo cuando menos por esta vía.

“4. Tanto la empresa como el propietario del vehículo son solidariamente responsables de los daños causados a la niña Doris Yaneth Ospina Macías al permitir que el conductor que conducía el vehículo, carecía de la idoneidad requerida para esta clase de transporte, ya que únicamente tenía pase de sexta categoría, lo cual lo capacita únicamente para conducir automóviles de servicio particular.

“5. El conductor había podido evitar el accidente si hubiera venido pendiente de su oficio, pues tuvo tiempo para frenarlo y además desviarlo hacia su izquierda para evitar el accidente.

“6. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2356 del Código Civil y en la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, se presume la culpa de la persona o personas que desempeñan actividades peligrosas, y quien conduce un vehículo desempeña una actividad peligrosa.

“7. En consecuencia, existe una relación directa de causalidad entre el daño y el proceder del sindicato. Además la ley dispone que las personas no solamente responden por sus actos, sino por los actos de sus dependientes o servidores y las cosas de su propiedad que ocasionen daños a terceros.

“8. Para mayor claridad me permito transcribir una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la *Gaceta Judicial* número 2357, Tomo CXLII, página 188, de junio de 1972, así: ‘a) Que la responsabilidad por el hecho de otro y la que se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa no se excluyen, pues como lo ha dicho la Corte’. ‘La presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño’ (LXI, 569)”.

“9. La guarda jurídica del vehículo era ejercida conjuntamente por el propietario, como por la empresa donde se encontraba afiliado”.

“10. La infracción del conductor ha causado daños graves a la niña Doris Yaneth Ospina Macías, que deben ser resarcidos por los responsables, aun cuando sea en parte, ya que la pérdida de un miembro no tiene valor apreciable en dinero que lo pueda compensar, pues a cualquiera de nosotros nos ponen a escoger entre el daño y la suma demandada y la integridad personal, estoy seguro que todos escogeríamos la integridad física.

“11. El proceso penal cursa en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva”.

3. Los demandados Serafín Gutiérrez y Reinaldo Serrano, conjuntamente, dieron respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones allí consignadas; en cuanto a los hechos dan por cierto el accidente pero con la manifestación que fue la menor la que imprudentemente se expuso a las ruedas del automotor. En esa línea fijaron su posición en relación con los hechos.

Y por separado la sociedad “Autobuses Unidos del Sur, S. A.” contestó la demanda también con oposición a las pretensiones. Concretamente expuso: “Me opongo señor Juez a nombre de la sociedad demandada ‘Autobuses Unidos del Sur S. A.’, en forma expresa a que se hagan las declaraciones de condena invocadas en el *petitum* de demanda en razón a que la parte actora carece de apoyadura tanto jurídica como fáctica, y por el hecho simple de que el daño que se anuncia en la humanidad de la menor Doris Yaneth Ospina Macías, muy lamentable por sí sólo, es imputable a su propia culpa o al hecho por ella desplegado en razón de la negligencia y falta de cuidado que tuvieron sus progenitores, hoy demandantes, cuando permitieron que su menor hija de 30 meses de edad que los cumplía el 15 de febrero de 1983, en forma imprudente se atravesara sobre la vía que cubría el bus mixto de que aquí se habla. El hecho dañoso obedeció a la causa extraña que para el conductor, para el propietario y para la empresa demandada representaba el accionar imprudente de la víctima, pues no es dable que si un menor se lanza a las ruedas de un automotor, se impute culpabilidad al conductor y menos aún al propietario del vehículo y más distante a la sociedad afiliadora de dicho automotor”.

Sobre los hechos dijo en síntesis que efectivamente se presentó el accidente, pero única y exclusivamente imputable a la víctima, culpa que se transmite a los padres de la menor por negligencia y falta de cuidado en su vigilancia.

Propuso, igualmente, la excepción que denominó de “influencia causal exclusiva del hecho de la víctima” para demostrar cómo el resultado dañoso por el que se demandan las indemnizaciones contenidas en la demanda, obedeció única y exclusivamente al hecho imprudente de la propia víctima y a la negligencia que los demandantes como padres configuraron por su actuación omisiva al no cuidar, vigilar, proteger, a su menor hija el día de autos y con dicha negligencia y falta de cuidado dar lugar a que dicha menor sin uso de razón, sin medio cognoscitivo alguno poder evaluar entre el peligro inminente que representaba el lanzarse a la calzada cuando el bus se encontraba en marcha, por la misma falta de uso de razón.

4. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva pronunció sentencia de primera instancia el 23 de abril de 1985, cuya parte resolutive dice:

“*Primero.* DECLARAR que la sociedad ‘Autobuses Unidos del Sur S. A.’, con domicilio en esta ciudad, representada por el señor Alfonso Parra Pérez, mayor de edad y vecino de Ibagué y los señores Reinaldo Serrano y Serafín Gutiérrez, ambos mayores de edad y vecinos del Municipio de Algeciras, son civilmente responsables de los perjuicios ocasionados a la menor Doris Yaneth Ospina Macías, con el vehículo automotor bus mixto marca ‘Dodge’, modelo 1979, de placas VX-2129, afiliado a la empresa ‘Autobuses Unidos del Sur’”.

“*Segundo.* Como consecuencia de lo anterior, se *condena* a los demandados antes relacionados, a pagar a favor de los demandantes los perjuicios materiales y morales, tal como se dijo en la motiva de esta sentencia.

“La liquidación de los perjuicios, se deberá hacer según las normas contenidas en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

“*Tercero.* DECLARAR no probada la excepción de fondo propuesta por el apoderado de la sociedad ‘Autobuses Unidos del Sur, S. A.’.

“Condenar en costas a los demandados”.

Únicamente la sociedad demandada, “Autobuses Unidos del Sur, S. A.”, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por sentencia de 25 de septiembre de 1985, confirmó el fallo de primera instancia; y condenó a la parte demandada en las costas del recurso.

La sociedad demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, que estudia ahora la Corte.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

5. La sentencia comienza por resumir el contenido de las peticiones de la demanda y de la relación de hecho en que se fundamentan. Compendía igualmente el escrito contentivo de la contestación de la demanda,

presentado por los demandados Serafín Gutiérrez y Reinaldo Serrano, considerando la alusión al fenómeno de la compensación de culpas como la proposición de una excepción por parte de éstos. Hace referencia igualmente al contenido de la contestación de la demanda formulada por la sociedad "Autobuses Unidos del Sur, S. A."; así como también a la proposición de la excepción de fondo, que la sociedad demandada denominó como "influencia causal exclusiva del hecho de la víctima".

6. Inicia la parte considerativa de la sentencia con el siguiente concepto:

"Al interpretar los alcances jurídicos de la norma contenida en el artículo 2356 del Código Civil, los doctrinantes han expresado que todo el que ejerza una actividad peligrosa, está obligado a no causar daño a otro con ella; pues si lo hace, viola una obligación de resultado cometiendo así una culpa personal y directa".

Precisa que se trata de un deber general de prudencia que obliga a no infringir daño a persona alguna, con el ejercicio de actividades que la jurisprudencia considera peligrosas; y que la violación de la referida obligación implica la comisión de una culpa, de la cual no se puede exonerar el agente del daño, sino con la demostración de la intervención de una causa extraña, no imputable a su autor.

Anota que los daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa, envuelven una presunción de imputabilidad y una presunción de culpabilidad contra el autor de la referida actividad; que no puede destruirse sino mediante la demostración de la coexistencia de la fuerza mayor, el caso fortuito, la actividad de un tercero o la culpa de la propia víctima.

7. Casi la totalidad de la prueba analizada por la sentencia del Tribunal fue acompañada al escrito de demanda, en copia auténtica expedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva y tomada del proceso penal que cursaba contra Serafín Gutiérrez, conductor del vehículo que causó el accidente.

8. El Tribunal analiza la prueba testimonial, constituida toda ella por prueba trasladada en copia auténtica, expedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva y acompañada al escrito de demanda.

Del contenido de las declaraciones de Rosalba Hoyos, Ligia Macías Murcia de Ospina, Rosalba Matoma Tovar, Arnulfo Tovar, Hernán Vega Vargas, Rafael Vanegas Cuenca, infiere el Tribunal que se halla demostrado que la menor había sido abandonada temporalmente por los padres, en el establecimiento comercial de un tío, abierto al público, frente a la casa de la abuelita de los niños. Que éstos intentaron atravesar la vía pública, para ir a la casa de su abuela. Que el bus no venía a gran velocidad. Que la visibilidad y estado del piso de la vía, así como su amplitud le dieron oportunidad al conductor de evitar el accidente. Pero que éste condució de manera despreocupada, hablando con su compañera, quien tomaba asiento a su lado izquierdo; y quien solamente captó el peligro por los gritos de ésta, habiendo accionado los frenos de manera tardía. De todo lo cual da por plenamente establecida la culpa del conductor del vehículo;

además de mencionar la presunción que corresponde al ejercicio de las actividades consideradas por la jurisprudencia como peligrosas.

9. Así mismo aborda el examen de la indagatoria rendida por el conductor Serafín Gutiérrez, junto con la declaración efectuada por el propietario del vehículo, Reinaldo Serrano Fierro; establece así mismo la propiedad de éste sobre el bus mixto; y reconoce que el conductor carecía de una licencia de tránsito, que correspondiera a la categoría de las personas que están autorizadas para manejar vehículos de las características de autobuses, pues la licencia de Serafín Gutiérrez pertenecía a la que se expide en favor de los conductores de automóviles menos pesados y de más fácil maniobra.

10. Obra igualmente en el expediente la prueba trasladada correspondiente al acta de inspección judicial, practicada unos minutos después del accidente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Algeciras, que establece la longitud de las huellas del frenado; de lo cual deduce el Tribunal que el bus no marchaba a alta velocidad; e igualmente da cuenta del hallazgo de fragmentos de huesos, tejido muscular y piel, que correspondían a una parte de la pierna que perdió la menor como consecuencia del accidente. De esta prueba, junto con las declaraciones, el Tribunal infiere la existencia del daño.

11. El Tribunal hace, en seguida, consideraciones de derecho:

“Al aceptar la Sala la prueba testimonial referida, recogida en el curso del proceso penal adelantado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Algeciras a raíz del accidente, tiene en cuenta que como prueba trasladada a este expediente reúne a cabalidad las exigencias de la ley procesal, porque aquellas declaraciones fueron recepcionadas en el curso de un proceso en donde el conductor del carro era precisamente el sindicado, lo que indica que dicha prueba se practicó con su citación y audiencia”.

“En su posición de asalariado subordinado del propietario del carro señor Reinaldo Serrano, éste también como tal está obligado a responder de los daños causados por Gutiérrez, por razón del servicio que le prestaba en el momento de ocurrir el accidente; no sólo porque como dueño del carro debía mantener sobre el conductor una vigilancia y control permanentes, sino también porque tiene culpa al haber escogido para conducir su carro a persona no habilitada por las normas de tránsito y transporte para hacerlo, porque como ya se dejó observado, Serafín Gutiérrez no disponía de pase de conducción en la categoría que exigía el automotor (Art. 2349 C. C.).

“Esta relación entre Serrano y Gutiérrez está plenamente acreditada con la declaración del propio dueño del carro rendida en el curso del proceso penal, a través de la cual reconoce y acepta que Serafín Gutiérrez era su asalariado subordinado; y con la declaración del propio Gutiérrez, quien también afirmó en la diligencia de indagatoria que Reinaldo Serrano era su patrón, y que para él trabajaba como conductor del mixto que causó el accidente, marca Dodge, modelo 1978, color amarillo combinado, afiliado a la empresa Autobuses Unidos del Sur, distinguido con las placas VX-2129 con capacidad para 52 pasajeros”.

“La misma responsabilidad civil le cabe a la empresa ‘Autobuses Unidos del Sur, S. A.’, representada por el señor Alfonso Parra Pérez, mayor y vecino de Neiva, porque esta compañía ha reconocido en forma expresa e inequívoca, que el bus que causó el accidente, distinguido con las placas VX-2129, siempre ha permanecido afiliado a la misma, con lo cual está aceptando que en la fecha en que se produjo el insuceso el carro cubría una ruta previamente señalada por la empresa, hecho que claramente reconocen el conductor del automotor y su propietario en las declaraciones rendidas en el curso del proceso penal, traídas como prueba trasladada a este proceso”.

12. La sentencia termina afirmando que los perjuicios causados a la menor Doris Yaneth Ospina Macías se hallan acreditados, aunque la determinación de su monto no se hubiera precisado, lo que obliga a acudir al incidente adicional de liquidación, previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

III. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

13. El impugnante acusa la sentencia dentro de la causal primera de casación, establecida por el artículo 368-1 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas. Precisa que la sentencia viola de manera indirecta los artículos 2341, 2343, 2346 y 2356 del Código Civil, por indebida aplicación; y los artículos 253, 2347 y 2357, del mismo estatuto, por falta de aplicación.

14. El recurrente afirma que la prueba testimonial trasladada del proceso penal iniciado ante el Juzgado Promiscuo de Algeciras, permitió al Tribunal que diera por establecidos los supuestos de hecho que determinaron el sentido del fallo.

Del examen de los testimonios rendidos por María Rosalba Hoyos, Ligia Macías Murcia, Arnulfo Leyva Rivera, Rosalba Matoma Tovar, concluye el Tribunal que el conductor del vehículo Serafín Gutiérrez conducía en forma descuidada. Los testimonios anteriores, junto con la inspección judicial practicada en el proceso penal, son suficientes en concepto del Tribunal, para dar por establecido que la niña fue lesionada con la rueda delantera derecha del automotor.

De los testimonios rendidos por Hernán Vega Vargas, Humberto Peña, Leila Alvarez Garzón, Nancy Alvarez Guzmán, Víctor Manuel Martínez, Satoria Losada de Avila y Rafael Vargas Cuenca, concluyó el Tribunal que la vía estaba despejada, con buena visibilidad y que el conductor hubiera podido evitar el accidente.

De las huellas registradas por la inspección judicial, dedujo que el vehículo que causó las lesiones a la menor, viajaba a una velocidad normal.

El Tribunal, en concepto del impugnante, estima que con los anteriores elementos probatorios se ha estructurado la presunción de culpa; que el dictamen pericial acredita el daño y por tanto la indemnización de perjuicios está llamada a prosperar.

15. Anota el censor que los testimonios fueron aducidos contra Serafín Gutiérrez, dentro del proceso penal seguido contra él, y respecto de éste se cumplieron los requisitos de publicidad y contradicción de la prueba; no así contra la sociedad demandada. Por este motivo se violó también el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil; y el 229 del mismo estatuto, ya que los testimonios fueron apreciados "sin más formalidades" y sin cumplir el requisito esencial de la ratificación.

Se infringió igualmente el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, por haberse apreciado una prueba que fue irregularmente producida que constituye un error de derecho.

16. El Tribunal, según el casacionista, incurre en un nuevo error de derecho al apreciar los informes de los médicos legistas; con uno de ellos se pretendía establecer el daño sufrido por la menor Doris Yaneth Ospina Macías, consistente en la amputación de uno de los miembros inferiores, incluyendo parte del muslo, por fractura traumática; y con el segundo, la deformidad y perturbación funcional de carácter permanente, por la imposibilidad de regeneración de la parte amputada quirúrgicamente, por la absoluta imposibilidad técnica de reconstruirla.

El error de derecho cometido por el Tribunal, en concepto del recurrente, obedeció a que los informes técnicos producidos por los médicos legistas no fueron motivados; y fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, sin que se hubiera corrido el traslado correspondiente, en favor de la sociedad demandada, que por el mismo hecho se vio privada de la oportunidad de haber pedido su complementación o aclaración, en los términos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual la sentencia viola el referido precepto.

17. Observa el impugnante, que los dos errores de derecho que se han apuntado, en relación con la prueba testimonial y los informes periciales, no constituyen la invocación de medios nuevos, pues la parte demandada los había observado en el alegato de conclusión correspondiente a la primera instancia.

18. El impugnante concluye la acusación por error de derecho con el siguiente pasaje:

"Tiénese, de esta suerte, que el Tribunal, a través de la violación medio de los artículos 174, 183, 185, 229, 238 y 234 del Código de Procedimiento Civil, quebrantó indirectamente los artículos 2341, 1243 y 2356 del Código Civil, que regulan la indemnización de perjuicios causados en ejercicio de una actividad peligrosa, al haberlos hecho actuar en el caso litigado sin ser pertinente, ya que se demostraron los elementos axiológicos de la misma: daño, culpa y nexo causal".

19. El casacionista aduce la existencia de un error de hecho de carácter evidente en la apreciación de la diligencia de indagatoria rendida por el conductor del vehículo Serafín Gutiérrez, transcribiendo los apartes que considera más importantes, en virtud de los cuales, en concepto del impugnante, el sindicado afirma que la menor corrió hacia el automóvil, al pretender atravesar la vía pública, de tal manera que se arrojó prác-

ticamente al paso del vehículo de modo sorpresivo, lo que impidió que la acción de los frenos del automotor resultara oportuna; por lo cual resulta reñida con la realidad la consecuencia que de tal pieza probatoria infiere la sentencia del Tribunal, cuando expresa que “la exposición del demandado permite sacar en claro, que en verdad en el momento en que se produjo el accidente Serafín Gutiérrez *no atendía con la debida diligencia y cuidado la conducción del carro*, porque apenas es obvio y natural que teniendo la vía completamente libre y disponiendo además de buena visibilidad, trayendo el automotor una velocidad moderada, necesariamente de haber estado atento a la conducción del carro *habría advertido la presencia de la niña en la mitad de la vía*”. (Las subrayas son del recurrente).

20. Igualmente considera el recurrente que el Tribunal incurre en un nuevo error de hecho al apreciar el acta de inspección judicial *practicada* por el Juzgado Promiscuo Municipal de Algeciras, el 15 de febrero de 1983, pocos minutos después del accidente, pues del texto de la referida acta se desprende claramente que la huella dejada por el frenado del automotor, de un metro de largo y del hallazgo de parte del hueso de una de las piernas de la accidentada, pone de relieve que la llanta del bus no pasó por encima del cuerpo de ella; y que por tanto la frenada del vehículo fue inmediata; de lo cual no puede concluirse que el conductor manejara con descuido, como lo entiende la sentencia de segunda instancia.

Igualmente incurre en error de hecho, según el impugnante, al apreciar el acta de inspección judicial practicada el 14 de junio de 1983, de la cual se deriva la conclusión de que el bus se hallaba transitando cerca al costado derecho de la vía y no en la mitad de ésta, como lo dice el Tribunal, por lo cual no se podía contar con el tiempo suficiente para detener el vehículo, a partir del momento en que la menor inició la acción de atravesar la calle.

21. Para el recurrente el sentenciador no hace alusión a los interrogatorios de parte rendidos por los padres de la víctima del accidente. Libardo Ospina y Ligia Macías de Ospina, que de haberlos apreciado, hubiera llegado a la conclusión que Doris Yaneth se encontraba en el andén con su primo Dagoberto, en el momento en que pasaba el bus y la niña intentaba cruzar la vía. E igualmente sobre el hecho de que los niños, no mayores de tres años, fueron dejados solos por los padres de ambos.

Y prosigue: la culpa de la víctima constituye uno de los supuestos en que se basa la destrucción de la presunción de culpa, por hechos causados en el ejercicio de actividades peligrosas. Entonces, si el Tribunal no hubiera preterido la prueba, hubiera tenido que considerar que la presunción de culpa se hallaba desvirtuada.

El impugnante cita varias decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que se ha debido establecer la compensación de culpas, pues si los padres y la víctima del accidente no hubieran cometido culpa, éste no se hubiera producido.

Remata el censor: “Al proferir esa condena quebrantó los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, que regulan la indemnización de perjuicios por culpa extracontractual, al haberlos hecho actuar sin existir

el nexo causal entre la culpa presunta del conductor del vehículo y el daño sufrido por la menor; y al no haber aplicado los artículos 253, 2347 y 2357 del mismo estatuto. La primera de estas normas impone a los padres el deber de cuidar personalmente a los hijos legítimos; la segunda hace responsable a los padres del hecho de los hijos; y la última establece que 'la apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente', siendo entendido que, según lo tiene dicho la Corte, 'el principio de la reducción de la indemnización de la compensación de ella, puede llegar hasta la exoneración de la indemnización de perjuicios' ''.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

22. Es bien conocida la posición jurisprudencial sobre la presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas. Para efectos prácticos, relacionados con el despacho del cargo, conviene recordar sin embargo, que la doctrina constituyó en su origen una elaboración científica, interpretativa del texto legal constituido por el artículo 2356 del Código Civil.

El precepto, establece la regla general de que el daño que pueda imputarse a la malicia o negligencia de una persona, debe ser indemnizada por ella.

El segundo inciso enfatiza: "Que son especialmente obligadas a la reparación...". Las personas que concretamente ejercen una serie de actividades que el texto legal relaciona de manera casuística; y que todas ellas reflejan el denominador común de ser actividades peligrosas, por constituir una creación próxima de circunstancias que acentúan la posibilidad de producir el daño a otras personas, o de bienes patrimoniales de carácter ajeno.

Por generalización inductiva la jurisprudencia ha establecido que el texto legal hace una referencia implícita a cualquier actividad que pueda reputarse peligrosa.

La misma jurisprudencia se ha encargado, luego, de señalar casos concretos, y de acuerdo con el desarrollo del progreso social y económico del país, de actividades que deben incluirse en la categoría de peligrosas.

No sobra recordar que la estructura lógica de la presunción se identifica con la del indicio; y sólo se diferencia de éste porque el indicio debe ser declarado por el Juez, de conformidad con su criterio personal, relativamente muy libre; mientras la presunción es establecida en sus líneas generales y abstractas por el legislador mismo.

En uno y otro caso se establece una relación de causalidad o de probabilidad muy grande entre la existencia de un hecho, considerado como antecedente de la presunción y ampliamente conocido, con otro hecho que tiene carácter de consecuente y cuya existencia se supone, en virtud del establecimiento del primero.

Lo anterior quiere decir que la demostración del antecedente de la presunción, por medios probatorios distintos e independientes de la pre-

sunción misma, no puede excusarse jamás; y la carga de la prueba gravita sobre la parte procesal interesada en su establecimiento.

El antecedente específico de la presunción de culpa, por los daños causados en el ejercicio de actividades consideradas como peligrosas, debe establecerse por medios probatorios de carácter autónomo. Solamente cuando el antecedente de hecho complejo, constituido por la concurrencia del daño, la actividad peligrosa y la relación de causa entre uno y otro de los elementos anteriores, se haya establecido plenamente, la existencia de la culpa se presume.

El artículo 176 del Código de Procedimiento Civil declara este principio en términos muy precisos, cuando dice: "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados".

Naturalmente que la presunción de culpa tiene un carácter relativo; y por tanto puede ser desvirtuada, acreditando fuerza mayor o caso fortuito, hecho o culpa de la víctima del daño o de un extraño.

23. Descendiendo al caso en estudio se observa que a la demanda con que se inició el presente proceso se acompañó una fotocopia auténtica de las declaraciones rendidas en el proceso penal seguido contra Serafín Gutiérrez, que cursaba ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, rendidas por María Rosalba Hoyos, Norberto Castro Sánchez, Ligia Macías Murcia, Arnulfo Leiva Rivera, Rosalba Matoma Tovar, Reinaldo Serrano Fierro, Hernán Vega Vargas, Humberto Peña Peña, Leila Alvarez Guzmán, Nancy Alvarez Guzmán, Víctor Manuel Martínez, Saturia Losada de Avila, y Rafael Vanegas Cuenca.

Las referidas declaraciones no fueron ratificadas dentro del término probatorio correspondiente a la primera instancia; y tampoco se ordenó su ratificación de manera oficiosa por el juzgado, antes de fallar, ni en la misma oportunidad correspondiente al trámite de la apelación, de conformidad con las facultades oficiosas que se conceden a los juzgadores de instancia, en los términos del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la prueba que ha sido válidamente practicada en un proceso, para establecer que ella puede ser allegada a un proceso distinto, reproducida en copia auténtica, siempre que en el nuevo proceso figuren como partes las que tuvieron tal carácter en el primero; en cuyo caso no se exige formalidad adicional alguna. Pero si la prueba trasladada se practicó sin audiencia de la parte contra la cual se aduce en el nuevo proceso, es necesario que dentro de éste sea ratificada por los declarantes, a fin de darle oportunidad a quien no estuvo presente en el primer proceso, de contra-interrogar a los testigos o solicitar la práctica de pruebas adicionales, tendientes a desvirtuar el contenido de las declaraciones trasladadas, con lo cual se satisfacen los principios de publicidad y contradicción de la prueba. Sin este último requisito las declaraciones trasladadas carecen de valor probatorio.

La forma de ratificación de los testimonios trasladados se halla establecida por el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, que precep-

túa la necesidad de que el interrogatorio se proponga nuevamente al deponente, para crear la posibilidad de realizar un parangón entre el contenido de la declaración original y el contenido de la nueva declaración, de cuya coincidencia se infiere la realidad probable de los hechos que relaciona el deponente; y se posibilita en primer término la producción de un contra-interrogatorio por parte del apoderado que representa a quien estuvo ausente en el primer proceso, en los términos del artículo 228-4 del estatuto procesal.

Tanto el juzgado como el Tribunal omitieron la ratificación de los testimonios, que han debido decretar de oficio: el juzgador de primera instancia, al decretar la práctica de las pruebas solicitadas por las partes, o antes de fallar, en los términos del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil; y el Tribunal de apelación, mediante el decreto oficioso del término probatorio extraordinario de segunda instancia, o igualmente antes de fallar.

Desprovista la prueba testimonial de los requisitos legales para su validez procesal, carece también de valor probatorio; y su apreciación, por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, efectuada en la sentencia, constituye una violación de las disposiciones citadas, lo que implica la comisión de un error de derecho, como lo propone el recurrente.

24. Al proceso fueron allegados dos informes de carácter pericial, rendidos por médicos legistas.

El primero fue rendido al Juzgado Promiscuo Municipal de Algeciras, que inició la instrucción del proceso penal seguido contra Serafín Gutiérrez, conductor del autobús que causó el accidente. En él se da cuenta del carácter de las lesiones sufridas por la menor Doris Yaneth Ospina Macías, consistentes en la amputación traumática de una parte del miembro inferior derecho, con pérdida que incluye una fracción del muslo, lo que genera naturalmente una deformación; y consiguientemente la pérdida funcional de la locomoción, que sólo puede efectuarse mediante el empleo de una prótesis.

El segundo, practicado dentro del término probatorio, consigna el carácter permanente de la deformación y la desaparición igualmente permanente de la actividad funcional, por la imposibilidad fisiológica de la regeneración de la parte del miembro inferior que fue amputado.

El segundo párrafo del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil ordena que los informes técnicos se rindan de manera motivada; y se pongan en conocimiento de las partes, a fin de que éstas puedan pedir su aclaración o complementación. Uno y otro requisito fueron omitidos en la producción de los dos informes periciales, por lo cual su apreciación viola el texto legal que se ha dejado mencionado, e implica la comisión del error de derecho que ha denunciado el recurrente.

25. Advierte el impugnante:

“Habiendo quedado descartados la prueba testimonial y el dictamen o informe del médico legista, como elementos de convicción, merced al error

de derecho en que incurrió el sentenciador al valorarlos, quedarían tan sólo como medios de prueba apreciables la exposición de Serafín Gutiérrez hecha al rendir indagatoria, las actas de las inspecciones judiciales practicadas en el proceso penal adelantado contra aquél, y el interrogatorio absuelto por los padres de la menor demandante”.

26. En relación con la exposición formulada por el demandado Serafín Gutiérrez, en la diligencia de indagatoria practicada dentro del proceso penal seguido contra él, dice la sentencia del Tribunal:

“La exposición del demandado permite sacar en claro, que en verdad en el momento en que se produjo el accidente, Serafín Gutiérrez no atendía con la debida diligencia y cuidado la conducción del carro, porque es apenas obvio y natural que teniendo la vía completamente libre y disponiendo además de buena visibilidad, trayendo el automotor a una velocidad moderada, necesariamente de haber estado atento a la conducción del carro habría advertido la presencia de la niña en la mitad de la vía.

“Descuido y negligencia del conductor del carro se corrobora con su afirmación de que no se dio cuenta con qué llanta cogió a la niña, cuando es apenas lógico y natural que de haber visto la niña cuando intentaba cruzar la calle en forma intempestiva según él, se habría dado cuenta con qué parte del carro la golpeó”.

27. El 15 de febrero de 1983, pocos minutos después de ocurrido el accidente, el Juzgado Promiscuo Municipal de Algeciras practicó una diligencia de inspección judicial, del lugar donde tuvo ocurrencia; habiendo comprobado las huellas de una frenada repentina, de un metro de extensión, y el hallazgo de un fragmento de hueso, recubierto de tejido cutáneo; dándose cuenta además de las informaciones suministradas por testigos presenciales, a quienes no se les recibió declaración de manera formal. La sentencia del Tribunal se limita a concluir, del examen de la prueba, que el automotor no marchaba a velocidad excesiva.

El recurrente acusa a la sentencia por haber cometido un supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, por no haber observado que los fragmentos del miembro amputado por el automotor, se hallaban al final de la huella imprimida por el frenado; y no al principio; de lo cual infiere que el vehículo no pasó por encima de la extremidad inferior de la lesionada; lo que permite deducir a su vez, que este hecho excluye la culpa del conductor al demostrar una frenada de emergencia que tuvo carácter oportuno, hasta donde las circunstancias lo permitían.

28. La Corte ha aceptado la existencia de un error de derecho, vinculado a la apreciación de los testimonios que fueron trasladados al presente proceso, y que fueron rendidos dentro del proceso penal seguido contra Serafín Gutiérrez, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva.

Igualmente se ha considerado fundada la acusación del impugnante en relación con la comisión de un error de derecho cometido por el Tribunal en relación con la evaluación de los dos informes periciales rendidos por los médicos legistas.

Ha estimado anodinas las dos diligencias de inspección judicial, para el establecimiento de la culpa supuestamente cometida por el conductor del vehículo.

29. Empero, tal como lo advierte el casacionista, al descartarse la prueba testimonial deja abierta la posibilidad de apreciar si con las restantes pruebas se pueden establecer los factores de responsabilidad de los demandados, particularmente, en frente de la presunción de culpa con que está rodeado el evento dañoso, atendida la circunstancia de la actividad peligrosa ejercida por el conductor del vehículo de tracción mecánica o si por el contrario la alegada compensación de culpa general resultante de la culpa de la víctima adquiere toda su prestancia como exoneración o eximente de responsabilidad.

Desde la contestación de la demanda los demandados, sin excepción, reconocieron el hecho del atropellamiento de la menor Doris Yaneth y otros aspectos relevantes. Es decir, que hay confesión sobre la existencia del accidente, de la autoría material del mismo, causada por el bus conducido por Serafín Gutiérrez, el hecho de que la menor fue víctima del mismo y del que resultó lesionada, la propiedad del señor Reinaldo Serrano sobre el vehículo y la afiliación del mismo a la sociedad "Autobuses Unidos del Sur, S. A.". Además ninguno de esos hechos se ha cuestionado.

En esas condiciones sólo resta precisar si la causal de exoneración de responsabilidad se ofrece en el *sub lite*, porque como es sabido *el hecho de la víctima es reconocido como eximente en aquellos eventos en que interviene en la producción del daño, bien sea agravándolo o causándolo en su totalidad, en especial si se confronta con el ejercicio de la actividad peligrosa en la que se presume la culpa. Los particulares caracteres que reviste la culpa de la víctima, como hecho propio, exigen de una calificación especial, por el ámbito de responsabilidad que genera. Es decir, que la presunción de culpa no puede ser destruida o debilitada con simples afirmaciones o por la ocurrencia de hechos no determinantes, sino, por el contrario, apoyados en eventos contundentes, que respondan con simplicidad a una exclusión de la responsabilidad o a una reducción de la misma.*

La llamada, con o sin propiedad, compensación de culpa, tiene su fundamento en la participación de culpas, que en el grado que se presenten pueden servir para valorar y establecer, precisamente, la responsabilidad. Porque cuando se crea la presunción de culpa, como acontece en el caso que ocupa ahora la atención de la Corte, se debe sopesar la magnitud de la culpa de la víctima o su influencia en la causación del daño, puesto que los elementos que, en principio operan contra los demandados, son suficientes para montar o construir la responsabilidad, o sea, el ejercicio de una actividad peligrosa, un daño —la lesión en la menor— y un nexo causal entre uno y otro.

Según el recurrente no vio el Tribunal la indagatoria rendida por el demandado Serafín Gutiérrez en la que se aprecia que conducía el vehículo con observancia de las normas de tránsito y que fue la menor Doris Yaneth la que arrancó a correr hacia el carro, pues iba por el lado derecho de la vía y a velocidad moderada y por el contrario entendió que Gutiérrez no conducía el vehículo con debida diligencia. Sin embargo, dentro de la

hipótesis de eximente de responsabilidad y dando por aceptada la versión del demandado en los términos aducidos por el recurrente, no es suficiente para destruir la presunción de culpa que pesa en su contra, puesto que el hecho de que una menor transite por una calle no es, por sí solo, determinante del daño, sobre todo por la desigualdad ostensible que se manifiesta entre una conducta y la otra, sobre todo cuando la del demandado se desprende del ejercicio de una actividad peligrosa. Por eso, pues, no pudo incurrir en yerro fáctico el sentenciador *ad quem* porque tuvo en cuenta la declaración de Gutiérrez, como pertinente a establecer el hecho del accidente y las circunstancias que lo rodearon, sin poder acreditar que el hecho de la menor fue la que determinó el accidente y, por ende, la lesión.

El Tribunal también apreció la inspección judicial practicada el 15 de febrero de 1983, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Algeciras, minutos después del accidente "que permitió establecer señales de frenada de vehículo automotor de longitud de un metro, lo que permite creer que en realidad el carro no venía a mucha velocidad en el momento de ocurrir el accidente". Sin embargo, el censor se detiene en esta prueba para endilgarle yerro de hecho en cuanto no se detuvo el sentenciador de segundo grado en reparar dos aspectos importantes establecidos en ella "como son el de que el hueso de la pierna de la niña se encontró 'al final de la huella dejada por la llanta delantera derecha', y que las huellas de frenada del carro tienen una longitud aproximada de un metro, para las llantas delanteras. Hechos que ciertamente ponen de manifiesto no sólo que el vehículo venía a poca velocidad, sino que la frenada fue instantánea y oportuna, puesto que si el hueso se encontró al final de la huella de la frenada, esto significa que no alcanzó a pasar la rueda por encima de la pierna de la niña. Si el conductor en realidad hubiera estado distraído al tiempo del accidente, como lo afirma el sentenciador, no habría alcanzado a detener el vehículo en un metro, y el hueso de la pierna de la niña se habría encontrado debajo del bus. La inspección viene así a confirmar el dicho del conductor de que no sintió que la rueda del bus hubiera pasado sobre la pierna de la menor, y de que frenó instantáneamente al ver que aquélla se lanzó sobre el vehículo".

Pero el yerro que le enrostra el impugnante en cuanto hubiese cercenado el contenido a la inspección judicial no pasa de ser sino apreciaciones particulares que en manera alguna modifica la conclusión sentada por el Tribunal. Y mucho menos para destruir o debilitar la presunción de culpa de los demandados y para, en cambio, acreditar la culpa grave de la víctima. En nada modifica, por tanto, la apreciación que se le otorgue a esa prueba enderredor de la anotada presunción reconocida por el Tribunal.

Para el casacionista tampoco apreció el *ad quem* el interrogatorio de parte que se les formuló a los padres de la menor, "pues ni siquiera hace alusión a él en el fallo" a la del padre y que de haberlo hecho hubiera "visto que según Ligia (la madre), la niña estaba en el andén con Dagoberto, otro niño de tres años" y que el accidente se presentó cuando "intentaba cruzar la calzada para llegar a la casa de la abuelita", que la menor se encontraba sola sin la vigilancia de los padres ni de otra persona mayor. Y que si hubiera "tomado nota de que según Libardo (el padre) el accidente ocurrió cuando la menor en compañía de un primo

suyo de tres años intentaba cruzar la calzada; que era obligación suya cuidar la niña, pero que a veces, cuando tiene diligencias, queda sola, dada la edad de la menor no podía darse cuenta del peligro que existía al cruzar la calzada'.

Tampoco se le puede enrostrar error fáctico en la apreciación de los interrogatorios de los padres de la menor, puesto que ellos apenas se concretan a hacer, en lo que atañe al accidente, una relación de lo sabido por ellos por la misma circunstancia de no encontrarse en el lugar de los acontecimientos. Entonces no puede ser materia de error el hecho que hubiesen dicho que la menor no se encontraba con ellos, que para el censor, como quedó consignado en la presentación del cargo, sirve para mostrar la falta de vigilancia sobre la menor, y por consiguiente de culpa de los padres. La vigilancia que se pretende exigir no es determinante del daño o, por lo menos, para contrarrestar la presunción de culpa que tantas veces se ha hecho referencia a lo largo de esta sentencia. La vigilancia, como factor de responsabilidad, hay que observarla desde el punto de vista del daño que cause, por acción o por omisión, pero no frente al que padezca la víctima. La falta de ese deber de cuidado, entonces, tiene una respuesta concreta: hacer que los padres respondan de los hechos del hijo, pero en manera alguna ante el daño causado, precisamente, en la menor.

Y en que la supuesta conducta negligente de los padres, sobre la vigilancia directa y permanente sobre los hijos menores, no sirve, tal como está planteado por los demandados, para ser calificada del grado suficiente como para exonerar de responsabilidad a éstos, puesto que aquélla se sitúa en un compromiso de padres a hijo sin incidencia directa en la causación del daño. No hay, pues, relación de causalidad entre el hecho dañoso resultante del ejercicio de la actividad peligrosa y el comportamiento que se le endilga a los padres, de dejar a la víctima en un determinado lugar, que no es otro que el hogar de la abuela y por tanto se convierta en factor de exoneración de responsabilidad. Por eso, el descuido que se le endilga a los padres en los términos en que se ha enmarcado el debate no puede constituir factor de eximente de responsabilidad.

En resumen, el planteamiento del hecho de la víctima y la falta de vigilancia de los padres de la menor Doris Yaneth, como eventos de exoneración de responsabilidad, no encuentran en el proceso una respuesta probatoria adecuada. Y si por el contrario, tal como lo entendió el Tribunal, existe una presunción de culpa contra los demandados por la actividad peligrosa desplegada por Serafín Gutiérrez al conducir el bus mixto, la sentencia queda con respaldo suficiente para sostener la responsabilidad de aquéllos en los términos impuestos en el fallo impugnado extraordinariamente.

No cabe, por tanto, compartir la culpa presunta de los demandados; los hechos que narran éstos y que según el recurrente son suficientes para mostrar errores fácticos y que llevaron al sentenciador *ad quem* a infringir los textos legales enjuiciados en el cargo, no tienen la fuerza probatoria para construir la culpa común exigida para reducir, compensar o exonerar de responsabilidad civil.

No prospera, por lo dicho, el cargo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 23 de septiembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario adelantado por Libardo Ospina Cardona y Ligia Macías de Ospina contra Serafín Gutiérrez, Reinaldo Serrano y la sociedad “Autobuses Unidos del Sur, S. A.”.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SOCIEDAD CONYUGAL

Características. Compraventa entre cónyuges.

Por estar en estado de latencia antes de su disolución y tener una administración dual autónoma, la venta que un cónyuge, como mandatario de un tercero, haga al otro cónyuge, es perfectamente válida.

SIMULACION

Prueba. A la que se acude con mayor frecuencia es a la de indicios.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1986.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de septiembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el proceso ordinario promovido por María del Rosario Garcés Cabrera contra Laureano Muñoz, María Zarama de Guzmán, Raquel Ricaurte de Muñoz y María Pastora Rodríguez Mora.

ANTECEDENTES

1º Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, a cuyo conocimiento correspondió por reparto, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de los citados demandados, se hicieran los pronunciamientos principales o subsidiarios siguientes:

PRINCIPALES

“1º Que se declare que son simulados los contratos de compraventa, mediante los cuales se transfirió el dominio y la propiedad de una tienda

de dos pisos situada en la carrera 22 N^o 17-18 y 17-20 de la ciudad de Pasto, cuyos linderos y demás especificaciones se precisan más adelante, contratos que están contenidos en las siguientes Escrituras Públicas: Número 2720 de septiembre 4 de 1979 de la Notaría Segunda de Pasto, venta de Angel María Muñoz Moncayo a Raquel Ricaurte de Muñoz; número 2847 del 22 de agosto de 1980 de la Notaría Segunda de Pasto, venta de Raquel Ricaurte de Muñoz a María Zarama de Guzmán; número 893 del 4 de noviembre de 1980 de la Notaría Primera de Pasto, venta de María Zarama de Guzmán a María Pastora Rodríguez Mora; y número 1383 del 25 de marzo de 1981 de la Notaría Segunda de Pasto, venta de María Pastora Rodríguez Mora a Raquel Ricaurte de Muñoz.

“2^o Que en consecuencia, se declare que en realidad no han existido tales contratos de compraventa y por tanto el inmueble pertenece al señor Angel María Muñoz Moncayo o a sus herederos.

“3^o Que en consecuencia, el señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Pasto, deberá cancelar el registro de las mencionadas escrituras públicas y restablecer el del título del demandante que obra en el número 001 del 17 de abril de 1928, número de matrícula inmobiliaria 240-0020306, correspondiente a la Escritura Pública número 163 del 16 de abril de 1928, de la Notaría Segunda de Pasto, por medio de la cual don Angel María Muñoz Moncayo había adquirido el inmueble sobre el que versa esta demanda. Igualmente, se ordenará colocar en el del protocolo de la escritura ya mencionada la nota de lo resuelto en esta sentencia.

“4^o Que como consecuencia de la sentencia, los demandados deberán restituir a la sucesión de Angel María Muñoz Moncayo, en los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la posesión material del inmueble, si la tuvieren al tiempo de la sentencia, y deberán pagar el valor de los frutos que hayan podido percibir del inmueble, en caso de que se probare tal evento, sin derecho a reclamo por mejoras como poseedores de mala fe.

“5^o Que los demandados deberán pagar las costas de este proceso, incluidos los honorarios de abogado”.

SUBSIDIARIAS

“1^o Que se declare que son nulos los contratos de compraventa por los cuales se transfirió el derecho de dominio y la propiedad de una tienda situada en la carrera 22 Nos. 17-18 y 17-20 de la ciudad de Pasto, cuyos linderos y demás especificaciones se precisarán más adelante, contratos que están contenidos en las siguientes Escrituras Públicas número 2720 de septiembre 4 de 1979 de la Notaría Segunda de Pasto, venta de Angel María Muñoz Moncayo a Raquel Ricaurte de Muñoz; número 2847 del 22 de agosto de 1980 de la Notaría Segunda de Pasto, venta de Raquel Ricaurte de Muñoz a María Zarama de Guzmán; número 893 del 4 de noviembre de 1980 de la Notaría Primera de Pasto, venta de María Zarama de Guzmán a María Pastora Rodríguez Mora; y número 1383 del 29 de marzo de 1981 de la Notaría Segunda de Pasto, venta de María Pastora Rodríguez de Mora a Raquel Ricaurte de Muñoz, por las causales de nuli-

dad alegadas en esta demanda y cualquier otra que aparezca probada en el proceso y que pueda ser declarada de oficio.

“2º Que como consecuencia de la primera pretensión subsidiaria se declare que carecen de valor y quedan sin efectos los contratos de compraventa anteriormente referidos y por tanto el inmueble pertenece a los herederos de Angel María Muñoz Moncayo.

“3º Que como consecuencia de las dos pretensiones subsidiarias anteriores se ordene al señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Pasto, cancelar los registros correspondientes a las escrituras y actos jurídicos declarados nulos, y en su lugar se reponga y tenga plena vigencia el registro correspondiente a la Escritura número 163 del 16 de abril de 1928 de la Notaría Segunda de Pasto, por medio de la cual don Angel María Muñoz Moncayo adquirió el inmueble objeto de esta demanda.

“4º Consecuencialmente, solicito se declare que los demandados deberán restituir a la sucesión de Angel María Muñoz Moncayo, en los cinco (primer) (sic) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la posesión material del inmueble si la tuvieren a tiempo de la misma; y deberán pagar el valor de los frutos que hayan podido percibir, en caso de que resultare probada tal circunstancia, sin derecho a reclamo por mejoras como poseedores de mala fe”.

2º Los hechos constitutivos de las pretensiones pueden sintetizarse así:

“1º Por Escritura Pública número 163 del 16 de abril de 1928 de la Notaría Segunda de Pasto, Angel María Muñoz Moncayo adquirió el dominio y la posesión del inmueble descrito y lo habitó personalmente y siguió poseyéndolo materialmente hasta el 8 de octubre de 1980, cuando celebró promesa de compraventa con el señor José Gerardo Benavides Martínez, a quien en esa fecha le transmitió la posesión material, aunque personalmente siguió viviendo en él hasta su muerte, acaecida el 25 de mayo de 1982, dejando como heredera universal de sus bienes a la señora *Rosario Garcés Cabrera*, proceso de sucesión que se adelanta en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, donde por auto de 5 de octubre de 1982 fue reconocida con derecho a intervenir en él.

“2º Laureano Muñoz Erazo, sobrino de Angel María Muñoz Moncayo, utilizando maniobras fraudulentas y con base en la confianza que en él había depositado su tío, obtuvo de éste un presunto poder para vender la tienda, el 31 de agosto de 1979.

“3º Cinco días después de otorgado el presunto poder, Laureano Muñoz Erazo hizo escritura pública de compraventa (la número 2720 de septiembre 4 de 1979 de la Notaría Segunda) de la tienda a su propia esposa Raquel Ricaurte de Muñoz, incurriendo en las causales de nulidad contempladas en los artículos 1851 del Código Civil que declara nulas las ventas entre cónyuges no divorciados y los artículos 1856 y 2170 del Código Civil que prohíbe al mandatario la compra de un bien por interpuesta persona, siendo de relieves la premura con que obró Laureano Muñoz Erazo para obtener para su esposa la propiedad de la tienda, pues el día 4 de septiembre de 1979 se firmó la escritura y al día siguiente 5 quedaba registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos, anotándose un verda-

dero récord tanto para obtener la copia en la Notaría como para obtener el registro en la Oficina de I.P.P., donde es bien sabido los turnos son rigurosos y lentos.

“4º A partir de ese momento se inició una serie encadenada de contratos de compraventa del inmueble, totalmente simulados, tendientes exclusivamente a celebrar escrituras con terceros para impedir que el verdadero dueño, Angel María Muñoz Moncada pudiera recobrar su propiedad, hasta que nuevamente el inmueble (en cuanto a titulación se refiere) vuelve a estar en cabeza de la esposa de Laureano Muñoz Erazo, señora Raquel Ricaurte de Muñoz. Las escrituras simuladas son las siguientes:

“a) Número 2720 de septiembre 4 de 1979, Notaría Segunda de Pasto, Laureano Muñoz Erazo como mandatario de Angel María Muñoz Moncayo vende a su esposa Raquel Ricaurte de Muñoz;

“b) Número 2847 de agosto 22 de 1980, Notaría Segunda de Pasto, Raquel Ricaurte de Muñoz vende a su sobrina María Zarama de Guzmán;

“c) Número 893 de noviembre 4 de 1980, Notaría Primera de Pasto, María Zarama de Guzmán vende a María Pastora Rodríguez Mora (a quien no conoce personalmente, según palabras de la vendedora);

“d) Número 1383 de marzo 25 de 1981, Notaría Segunda de Pasto, María Pastora Rodríguez Mora vende a Raquel Ricaurte de Muñoz. Se completa así el ciclo, pues con estas escrituras regresa el inmueble a la esposa de Laureano Muñoz Erazo.

“A pesar del paso del tiempo, y de las ventas sucesivas, el precio del inmueble permanece invariable en las tres primeras negociaciones, pues es de \$ 55.000.00, Raquel Ricaurte de Muñoz lo compra por el doble del precio en que lo había vendido, solamente 18 meses después de haber transferido la propiedad.

“5º La historia de la posesión material del inmueble, con ánimo de señor y dueño es bien diferente a la titularidad del dominio sobre el mismo, Angel María Muñoz Moncayo fue poseedor material hasta el mes de octubre de 1980, fecha en la cual entrega la posesión a Gerardo Benavides Martínez, con fundamento en un contrato de promesa de venta, quien conserva la posesión hasta esta fecha, por tanto quienes ‘han figurado como dueños, es decir, compradores y vendedores, nunca han tenido la posesión material del inmueble’, ni siquiera por un breve lapso de tiempo, lo que ya es un grave indicio de simulación.

“6º Los contratos de compraventa son *simulados* por los siguientes hechos y razones:

“a) No fue la verdadera intención de Angel María Muñoz Moncayo otorgar poder a Laureano Muñoz Erazo, para vender la tienda, ni tampoco fue su verdadera intención venderla, ni se le canceló precio alguno por ella, ni se lucró de dicha venta por ningún concepto;

“b) No fue la verdadera intención de los otorgantes y beneficiarios de las escrituras realizar verdaderos contratos de compraventa, ni de traspasar el dominio y la propiedad de la tienda;

“c) No hubo pago de precio en ninguna de las escrituras, tal como se hace constar en ellas;

“d) El precio, en caso de haberse pagado es irrisorio, si se tiene en cuenta el verdadero valor del inmueble;

“e) En las escrituras impugnadas se dice que se hace entrega real y material del inmueble, pero la posesión material ha estado en manos de otras personas;

“7º Los contratos de compraventa contenidos en las escrituras mencionadas son *nulos* y adolecen de vicios por las siguientes razones y hechos:

“a) El primer contrato contenido en la Escritura 2720 de septiembre 4 de 1979 fue celebrado entre cónyuges, con dolo y contraviniendo los artículos 1851, 1856 y 2170 del Código Civil;

“b) Los demás contratos son nulos por cuanto se procedió de mala fe en su celebración, no fue la intención de los contratantes realizar verdaderos contratos de compraventa y se dieron datos erróneos al Notario, los cuales constan en las escrituras.

“8º Raquel Ricaurte de Muñoz instauró proceso abreviado de entrega del bien enajenado en contra de María Pastora Rodríguez de Mora con el fin de obtener acceso y la posesión material del inmueble, proceso que actualmente se tramita en el Juzgado Segundo Civil del Circuito, bajo la radicación 5211, última maniobra fraguada para obtener no sólo el dominio sino la posesión del inmueble, habiéndose formulado oportunamente oposición aceptada por el Juzgado en vista de los argumentos del poseedor Gerardo Benavides.

“9º A la demanda acompañó copia y fotocopias auténticas de las Escrituras 163 de abril 16 de 1928 de la Notaría Segunda; 2720 de septiembre 4 de 1979 de la misma Notaría; 2847 de agosto 22 de 1980 de la misma Notaría; 893 de 4 de noviembre de 1980 de la Notaría Primera; 1383 de marzo 25 de 1981 de la Notaría Primera, fotocopia del auto de octubre 5 de 1982 del Juzgado Tercero Civil del Circuito, mediante el cual se reconoce a María del Rosario Garcés Cabrera como heredera en la sucesión de Angel María Muñoz Moncayo; Escritura 312 de 3 de abril de 1981 de la Notaría Tercera que contiene el testamento de Angel María Muñoz Moncayo, poder conferido a Peregrino Villota, otorgado por Angel María Muñoz Moncayo de fecha octubre 6 de 1980, en que lo autoriza a vender el inmueble, documento de promesa de venta del inmueble suscrito entre Peregrino Villota y Gerardo Benavides; registro de defunción de Angel María Muñoz Moncayo, fotocopia sin autenticar del poder otorgado a Laureano Muñoz Erazo por Angel María Muñoz Moncayo, original que se encuentra protocolizado con la Escritura 2720, certificado de tradición del inmueble. Solicitó la práctica de otros medios probatorios”.

B. Notificados los demandados se hicieron presentes al proceso menos María Zarama de Guzmán, contestaron la demanda aceptando unos hechos, negando otros, de otros dijeron ser contradictorios y no contener afirmaciones de hechos y propusieron como perentorias las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva e improcedencia de la acción que fundamentaron en “falta de capacidad para ser parte, ya que no radica en la demandante el derecho sustantivo que reclama, es decir que no tiene

la capacidad jurídica que asigna la ley para reclamar el derecho pretendido”.

C. El Juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia de 18 de marzo de 1985, mediante la cual declaró simuladas las ventas que constan en las Escrituras Públicas números 2720, 2847, 983 y 1383 de las fechas y notaría atrás relacionadas; consecuentemente no haber existido los contratos de compraventa a que aluden los instrumentos anteriores, y por lo tanto “el inmueble a que ellos se refieren pertenece a la sucesión de Angel María Moncayo”, ordenó inscribir la sentencia en la Oficina de Registro correspondiente y la cancelación de los registros anteriores, se tomará razón de lo resuelto en la correspondiente Notaría; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a los demandados al pago de las costas causadas. Negó la pretensión 4ª de la demanda por no haberse probado la posesión material en los demandados.

Inconforme la parte demandada interpone contra lo resuelto recurso de apelación, instancia que desata el Tribunal en sentencia de 17 de septiembre de 1985, declarando la nulidad de los contratos.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Transcrita inicialmente la parte resolutive del fallo del Juzgado, relata la sentencia los antecedentes del litigio, examina los presupuestos del proceso, la legitimación en la demandante y se adentra en el estudio de “las acciones” anunciando que “en la demanda se solicita la declaratoria de nulidad de los cuatro (4) contratos contenidos en las escrituras públicas que relacionan, o la simulación de todos ellos”, conclusión a que llegó el *a quo*, siendo “necesario considerar el aspecto de la nulidad planteada por la actora”, apoyando su pronunciamiento en las siguientes apreciaciones:

1ª “La demandante afirma que es *nulo* el primer contrato contenido en la Escritura 2720 de 4 de septiembre de 1979, porque viola el artículo 2170 del Código Civil que prohíbe al mandatario comprar para sí el objeto que el mandante faculta vender”, extremos que resultan demostrados procesalmente por cuanto “obra el poder conferido por el señor Angel María Muñoz Moncayo a Laureano Muñoz Erazo, para que venda el inmueble materia de la *litis*, poder que no ha sido declarado nulo ni se ha demostrado su invalidez”, en ejercicio del cual el mandatario vende a Raquel Ricarte de Muñoz el inmueble por un precio de \$ 55.000.00, apareciendo comprobado que el mandatario es casado católicamente con la compradora, por cuya razón “se forma sociedad conyugal a la que ingresan todos los bienes que se adquieran en el matrimonio”, violándose el artículo 2170 del Código Civil “que prohíbe comprar para sí o por interpuesta persona el objeto que se le facultó vender, y la sanción es la nulidad del acto”, nulidad relativa que pueden alegar los contratantes de conformidad con el artículo 1743 del Código Civil.

2ª En cuanto a los contratos subsiguientes están afectados de la misma nulidad por el hecho de que la vendedora obtuvo el título afectado

de nulidad y no son terceros de buena fe, siendo evidente “que los contratos intermedios *fueron simulados, verificados* con el objeto de sanear la nulidad y hacer imposible o al menos muy difícil que el verdadero dueño recobrarla la titulación del objeto. Pero en realidad antes que la simulación se impone la *declaratoria de nulidad de los cuatro contratos*, porque todos están afectados del mismo vicio que afectó el primero”.

Acorde con la sentencia de primer grado considera que no hay lugar a condenar a los demandados al reintegro de la tenencia material y al pago de frutos, porque “ninguno de los demandados obtuvo ni la posesión material ni la tenencia del inmueble”.

Con fundamento en las consideraciones expuestas *reforma* la sentencia y declara nulos los contratos contenidos en las Escrituras números 2720 de 4 de septiembre de 1979; 2487 de 22 de agosto de 1980, 893 de 4 de noviembre de 1980 y 1383 de 25 de marzo de 1981; consecuentemente el inmueble pertenece a la sucesión de Angel María Muñoz Moncayo, confirma los numerales 3º, 4º, 5º y 6º del fallo apelado, con costas a cargo de los demandados.

IMPUGNACIÓN

Un solo cargo formula la recurrente con apoyo en la causal primera, por ser la sentencia directamente violatoria de los artículos 2170, 1740, 1741, 1743, 180 (artículo 13 del Decreto 2820 de 1974), 1781, 1746, 1781, 1548 del Código Civil, artículo 7º del Concordato aprobado por la Ley 20 de 1974, por aplicación indebida, y, 197, 1820 (artículo 25 de la Ley 1ª de 1976), 669, 1502, 1508, 1509, 1510, 1511, 1513, 1514, 1515, 1516, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 del Código Civil, 1º de la Ley 28 de 1932, por falta de aplicación, al declarar nulo el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 2720 del 4 de septiembre de 1979 y los demás contratos subsiguientes, sin serlos, puesto que en el primer caso, el mandatario Laureano Muñoz no compró por sí ni por interpuesta persona el bien que le ordenó vender el mandante Angel María Muñoz Moncayo, en el que figura su cónyuge como adquirente, y en el segundo caso, de los demás contratos subsiguientes, además de lo anterior, por no existir causal para ello.

“Según se vio, manifiesta, fueron peticiones subsidiarias de la demanda que se declarara la nulidad de los contratos de venta allí relacionados”, petición que prosperó en el Tribunal al resolver la alzada interpuesta por la parte demandada, “como que en el fallo se decretó la nulidad de todos los contratos contenidos en las escrituras, ordenándose como consecuencia que el inmueble pertenece a la sucesión de Angel María Muñoz Moncayo”.

Divide “la cadena de ventas” en dos: la primera la relativa a la venta entre el difunto Angel María Muñoz y Raquel Ricaurte de Muñoz, esposa de Laureano Muñoz, y, la segunda, la que parte de esta como vendedora y en ella misma termina como compradora, “cada una de ellas con entidad jurídica propia, pues que el contrato inicial entre Angel María Muñoz y Raquel Ricaurte de Muñoz la tiene como igualmente la tienen

cada uno de los sucesivos, partiendo de esta última en que figura como vendedora hasta aquél en que vuelve a aparecer como compradora, todas referentes al mismo inmueble. Tanto que las declaraciones referentes a los primeros y a los otros actos, bien pudieran haber constituido materia de decisiones independientes en la correspondiente sentencia del Tribunal”, correspondiendo combatir las en un mismo cargo, pues el fallo de instancia se apoyó en varias consideraciones de orden jurídico, algunas de estas para ambas cadenas.

“Para la primera parte de esta cadena, en sentir del Tribunal, se da la violación del artículo 2170 del Código Civil, por considerar que Laureano Muñoz como mandatario de Angel María Muñoz compró para sí al venderle a su esposa Raquel” sin que exista ningún hecho sobre el cual hacer reparo, pues está probada la existencia del poder, la escritura de venta correspondiente, el matrimonio, la formación de la sociedad conyugal, pero no concluyó el Tribunal que la misma estuviese disuelta para dar paso a las normas relativas a la liquidación “con lo cual significó que aun dicha conclusión no implica la aserción de un hecho contrario como lo sería la prueba de la disolución antedicha, razón por la cual este cargo se encuentra enfocado por la vía directa”, de donde concluye que el Tribunal “simplemente dejó de aplicar las normas citadas”, pues la sociedad conyugal sólo se aprecia al momento de su disolución, y no antes, “consideración netamente jurídica que lo llevó a aplicar indebidamente la norma del artículo 180 del Código Civil, pues siendo cierto que Laureano Muñoz y Raquel Ricaurte habían contraído matrimonio, no era del caso subsumir el presupuesto de hecho contencioso con el que trae la citada norma, como que éste no pasa de ser una hipótesis en tanto no se esté ante la disolución de la sociedad conyugal que se generaría por ese matrimonio, caso en el cual sólo debe apreciarse esa sociedad conyugal que se genera por el hecho del matrimonio. La sociedad conyugal de ese modo, efectivamente existe desde el matrimonio mas no se aprecia, repito, sino a su disolución”, dejando entonces de aplicar las normas relativas al efecto de dicha sociedad conyugal citadas en el cargo, particularmente el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, pues “por virtud de las normas dejadas de aplicar tanto Laureano Muñoz como Raquel, pese a ser cónyuges al adquirir bienes en ejercicio de su capacidad dispositiva y con ello de administración de su propio patrimonio, sólo adquieren y se obligan respecto de ese individual patrimonio”.

“Estuvo pues, indebidamente aplicado el artículo 2170 del Código Civil como quiera que el presupuesto de hecho, objeto del litigio, no era subsumible al hipotetizado en dicha norma. Dicho con otras palabras, nada tiene que ver en este caso el artículo en cita”, consecuencia que lo condujo a encontrar la nulidad del contrato de venta de Angel María Muñoz a Raquel Ricaurte por haber estado representada por Laureano, “nulidad que dispone los efectos retroactivos de la declaratoria de la misma a la fecha en que dicho acto se celebró. Yerro que sobrevino como consecuencia obvia de haberse aplicado indebidamente la premisa inicial, cual era la nulidad del primer contrato de venta entre Angel María Muñoz y Raquel”, pues “el vicio del contrato inicial es vicio de los contratos subsiguientes” instituyendo como causal de nulidad un supuesto no previsto por las normas legales, aplicando una *oponibilidad* “inexistente frente

a terceros, relativa no a condición resolutoria alguna sino a un vicio de nulidad del primer contrato”.

“No aplicó el Tribunal los artículos indicados en el cargo, todos relativos a las causales de nulidad y al manejo de los mismos, dentro de los que no se encuentra el que pase frente a los intervinientes en los negocios anulados los vicios del contrato inicial, y menos en el presente caso no existiendo dicho vicio, como que la venta de Angel María Muñoz no puede estar viciada de nulidad alguna”.

“Aun existiendo la causal advertida por el Tribunal (que el primer contrato es nulo), no puede llegarse a la conclusión por él decretada, esto es, que son nulos los siguientes, al no ser ese supuesto materia de la previsión legal consagrada como causales de nulidad”.

Solicita, casada la sentencia, se profiera una de instancia revocando la del juzgado, con base en los fundamentos que allí expone.

Al encontrarse debidamente estructurado el cargo, entra la Sala en su análisis de acuerdo a las siguientes

CONSIDERACIONES

1ª *El contrato de venta entre cónyuges está sancionado con nulidad absoluta por mandato del artículo 1892 del Código Civil, en consonancia con el artículo 3º de la Ley 28 de 1932. Mas si no puede afirmarse que al obrar uno de los cónyuges como mandatario de un tercero y en tal carácter obrar como vendedor frente a su cónyuge el contrato se realice entre ellos, por cuanto en razón misma del mandato no se obra en nombre propio “sino por cuenta y riesgo” del mandante, tampoco existe la posibilidad de afirmar que en tales casos el negocio interese al mandatario y éste se coloque como comprador de las cosas que el mandante le ha ordenado vender, pues que en el régimen actual de la sociedad conyugal ya no es el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio, ya que cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro tanto los llamados bienes propios como los adquiridos posteriormente después del 1º de enero de 1933. Y del mismo modo que la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación, la sociedad de hoy emerge del estado de latencia en que se halla, a la más pura realidad por hacerse presentes cualesquiera de las causales que conduzcan a su liquidación. De acuerdo con el régimen actual, cada uno de los cónyuges es mientras subsista el matrimonio dueño de los bienes que adquiere por cualquier título.*

“Son cuestiones definidas, y en tal forma aceptadas por la jurisprudencia: Que la Ley 28 de 1932 consagró una separación patrimonial práctica tanto en los matrimonios anteriores como en los posteriores a la ley, sin destruir la institución de la sociedad conyugal; y estableció en unos y otros matrimonios una administración dual autónoma y no una conjunta y de consuno. Que confirió a cada cónyuge potestad dispositiva y administrativa absoluta, sin limitación alguna, en relación a los bienes adquiridos por cada cual a partir del 1º de enero de 1933, no quedando el marido como la mujer, únicamente con capacidad para comprar y vender,

sino también para ejecutar todos los actos idóneos a la administración de sus haberes.

“Que cada uno de los cónyuges, por virtud de la separación real que establece el nuevo régimen, se considera y debe considerársele como dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que adquiriera luego a cualquier título; por obra consecucional, debe también considerársele como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vinculantes y vinculadas a estos mismos bienes, y como terceros entre sí en los actos administrativos y dispositivos del otro” (LXXIV). “Siendo así, interpreta erróneamente la Ley 28 de 1932 y viola directamente el artículo 1º de esta misma ley, el sentenciador que al fallar considere que los bienes que haya adquirido un cónyuge a título oneroso a partir de la vigencia de este estatuto, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, no al del cónyuge adquirente, en razón a que a la liquidación definitiva los haberes de ambos han de formar parte de la masa que ha de liquidarse o repartirse. Sería tanto como sostener que los bienes de un presunto causante son de los que han de sucederle, en razón simple de que a la época de su sucesión han de ser repartidos entre ellos” (LV).

“Todo descansa en que los títulos de dominio dan o transfieren la posesión efectiva al adquirente, esto es a la persona que tiene la intención de adquirirlo para sí, por medio directo o mediante mandatarios o representantes legales. El registro sirve de manera de tradición del dominio de los bienes raíces pero no en provecho de persona distinta del verdadero adquirente (XLIII, 1904).

Igualmente se ha sostenido por la jurisprudencia de la Corporación que “de acuerdo con el régimen patrimonial establecido por la Ley 28 de 1932, ‘durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquiera otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia, se procederá a su liquidación’.

“Lo cual no otra cosa significa, según lo tiene ya aceptado uniformemente la jurisprudencia, que todo el haber patrimonial adquirido durante el matrimonio por uno de los cónyuges, pertenece directamente a quien lo adquirió, con las consiguientes facultades de administración y disposición, que son inherentes al dominio; pero no de un modo puro y simple, sino limitado en cuanto al tiempo, por el hecho condicional de la disolución del matrimonio, o de alguno de los eventos que de acuerdo con la ley determinan la liquidación definitiva de la sociedad, la cual pasa entonces del estado potencial o de latencia en que se hallaba, al de una realidad jurídica incontrovertible, para recibir dentro de su propio patrimonio aquellos bienes y hacerlos así objeto de las consiguientes distribución y adjudicación entre los mismos cónyuges o entre quienes legítimamente representen sus derechos. Pero como el concepto jurídico de patrimonio comprenden tanto los bienes corporales como los incorporeales (Art. 653 del C. C.), es claro entonces que a ese haber social deben ingresar no solamente los pri-

meros sino también los derechos y acciones de cada cónyuge, que forman entre los segundos...”, lo que quiere decir que dentro del régimen actual de la sociedad conyugal cada uno de los cónyuges es dueño de los bienes que adquiriera por cualquier título y existan patrimonios manejados por personas distintas, que se confunden al disolverse la sociedad conyugal para efectos de su liquidación.

2ª Arribando a esta conclusión se tiene que el mandatario no violó el ordenamiento del artículo 2170 del Código Civil, pues ni directamente ni por interpuesta persona está comprando para sí, ni resulta serlo cuando el bien que tradita en cumplimiento de un mandato se entiende adquirido por el cónyuge respectivo y no para él ni para la sociedad conyugal.

Erró el Tribunal en la aplicación de los artículos que se censuran como violados y dejó de aplicar los que el cargo indica, pues concluyó en la existencia de nulidad de actos ejecutados por un cónyuge en ejercicio de un mandato, sin que operación de tal naturaleza caiga bajo la prohibición del artículo 2170 y sea por lo tanto causal de nulidad conforme a los mandatos de los artículos 1740, 1741 y 1743, pues que la sociedad conyugal no se encuentra en estado de liquidación para que pueda pensarse en que hubo intención de adquirir para sí el bien que el mandante le ordenó vender.

“Todo depende del régimen de bienes que escojan los esposos. Si por no otorgar estas capitulaciones matrimoniales, quedan sometidos al régimen legal de sociedad, entonces sus reglas serían las aplicables y no otras, pues que, de otro modo, resultaría que, sin haberse disuelto la sociedad, podrían aplicarse las normas que presiden el estado de separación de bienes incompatibles con aquellas desde el punto de vista” (Casación, noviembre 20-79).

3ª No estando afectado el primer contrato de nulidad, tampoco puede ser trascendente a los demás, pues que la nulidad relativa no significa otra cosa que la facultad temporal que concede la ley a determinadas personas para destruir los efectos del acto o contrato que adolece de algún vicio subsanable, vicio que en el presente caso no se hace patente.

Como consecuencia de lo expuesto alcanza prosperidad el cargo, y como este yerro fue el determinante del fallo estimatorio de nulidad, tal decisión debe casarse por quebrantar por indebida aplicación y por falta de aplicación las normas de derecho sustancial que la censura señala.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

En el caso *sub judice* los presupuestos del proceso, se encuentran presentes. No hay por este aspecto impedimento que inhíba para decidir en el fondo la cuestión controvertida.

El Juez Civil del Circuito de Pasto, ante el cual se formuló la demanda, era el legalmente competente para la tramitación y decisión en primera instancia del conflicto de intereses de mayor cuantía a él presentado para su composición por tratarse de una cuestión de jurisdicción contenciosa entre particulares domiciliados en ese municipio; el es-

crito de demanda observó en su estructuración las formalidades de los artículos 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil, a más de que se le imprimió el trámite legal indicado. La capacidad para ser parte está también presente desde luego que las personas naturales que figuran tienen existencia jurídica, y su capacidad procesal emana de su mayor edad, a más de que han estado asistidos por abogados inscritos.

1º En cuanto hace a la legitimación en causa de la demandante, ella aparece debidamente demostrada, pues obra en el proceso la prueba pertinente de su carácter de heredera universal, como es el reconocimiento que le fuera hecho por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto en el proceso sucesorio de Angel María Muñoz Moncayo, conforme a providencia de 5 de octubre de 1982.

En el presente caso se infiere claramente tanto del *petitum* de la demanda como de la *causa petendi* en ella invocada, la pretensión de declaración simulatoria como principal y la de nulidad como subsidiaria de los contratos de compraventa, mediante los cuales se transfirió el dominio del inmueble de la carrera 22 Nos. 17-18 y 17-20 de la ciudad de Pasto, contratos contenidos en las Escrituras Públicas números 2720 de septiembre 4 de 1970, 2847 de 22 de agosto de 1980, ambas de la Notaría Segunda de Pasto, 893 de 4 de noviembre de 1980 de la Notaría Primera y 1383 de 25 de marzo de 1981 de la Notaría Segunda; y en consecuencia se declare no haber existido tales contratos, por lo que el inmueble perteneciente al señor Angel María Muñoz Moncayo o a sus herederos; que se tomen las medidas consecuenciales a tal declaración en la Oficina de Registro y en la Notaría respectiva, y se restituya la posesión material del inmueble.

Obran en los autos la Escritura número 163 de abril 16 de 1928 de la Notaría Segunda por la cual el señor Angel María Muñoz adquirió la propiedad del inmueble, cuya descripción aparece en la demanda del señor Joaquín Burbano y el correspondiente certificado de tradición y libertad; la memoria testamentaria de Angel María Muñoz Moncayo, recogida en la Escritura número 312 de tres (3) de abril de 1981 de la Notaría Tercera de Pasto, mediante la cual instituye como heredera de sus bienes a la demandante María del Rosario Garcés Cabrera; copia de la providencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito, por medio del cual se declaró abierto y radicado el proceso de sucesión de Angel María Muñoz Moncayo y se reconoce a María del Rosario Garcés Cabrera con derecho a intervenir en su calidad de heredera universal.

Obra igualmente acompañado con la demanda un poder otorgado por Angel María Muñoz Moncayo a Peregrino Villota Garcés, para que venda el inmueble de su propiedad situado en la carrera 22 Nos. 17-18 y 17-20 de la ciudad de Pasto, con nota de reconocimiento el 6 de octubre de 1980 y fotocopia auténtica del documento de promesa, celebrado entre este mandatario y el señor José Gerardo Benavides Martínez sobre el inmueble referido, mediante el cual se le promete en venta por la suma de \$ 500.000.00 y se le hace entrega de la posesión "para que el prome-tiente comprador pueda entrar a disfrutar como a bien tenga", negocio que queda sujeto a sentencia favorable en el proceso que se va a intentar por el señor Angel María Muñoz Moncayo, "pues es conocido que una

tercera persona maliciosamente y sin consentimiento del señor Muñoz Moncayo dio en venta el inmueble antes indicado en forma tal que se lesiona el patrimonio del señor Angel María Muñoz Moncayo y por cuya razón en estos días se iniciará la correspondiente acción judicial”.

Obra también la partida de defunción del señor Angel María Muñoz Moncayo, quien falleció el 25 de mayo de 1982 y una fotocopia simple del poder otorgado el 31 de agosto de 1979, por Angel María Muñoz Moncayo al señor Laureano Muñoz Erazo.

Igualmente obra declaración extra proceso rendida por Angel María Muñoz Moncayo de 90 años de edad, en la cual manifiesta que Laureano Muñoz Erazo es su sobrino, hijo de un hermano, que le hacía la declaración de renta y memoriales, que le hacía firmar papeles en blanco “pero jamás le he dado poder ni facultad alguna para vender mi tienda que es la misma ubicada en la carrera 22 y con dos puertas”; que jamás le había facultado para nada en relación con la tienda que está a su nombre habiéndose llevado la escritura Laureano diciéndole que le iba a guardar los papeles; “que la compró en mil pesos chiquitos y después la arregló, en donde vive el señor Gerardo Benavides, porque Laureano me quería sacar de la tienda”.

Obra el interrogatorio de María Zarama de Guzmán, quien manifiesta ser sobrina en primer grado de Raquel Ricaurte de Muñoz, quien le hizo una escritura de confianza, por cuya razón ni entregó dinero ni recibió el inmueble; que no conoce a María Pastora Rodríguez Mora, ni tampoco ha tenido contratos con dicha persona; que la llevó a la Notaría Primera el hijo de la señora Raquel Ricaurte de Muñoz “y volví la escritura que había recibido en forma simulada, ficticia, a nombre de quien se dice ser María Pastora Rodríguez Mora, a quien personalmente no conozco. De tal manera que yo no recibí dinero alguno por el traspaso de ese inmueble, que tampoco había comprado antes, ni he entregado el inmueble. Sí recuerdo que recibí una letra de cambio por valor de \$ 55.000 moneda legal, en la misma notaría, pero esa letra fue entregada al señor Laureano Muñoz, una vez que la endosé, sin que tampoco hubiera recibido el dinero en efectivo que ella contenía”.

2º Presentes en el plenatario Laureano Muñoz Erazo, Raquel Ricaurte de Muñoz y Pastora Rodríguez Mora, pues que notificada no compareció María Zarama de Guzmán, dieron contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones, negando la totalidad de los hechos y proponiendo como excepciones perentorias las que nominaron “ilegitimidad de la personería sustantiva e improcedencia de la acción” que fundamentaron en “falta de capacidad para ser parte, ya que no radica en la demandante el derecho que reclama, es decir, que no tiene la capacidad jurídica que le asigna la ley para reclamar el derecho pretendido”.

El juzgado del conocimiento negó las excepciones propuestas sobre la consideración de su impropiidad, fenómenos que técnicamente hablando aluden a la falta de legitimación en la causa o a falta de un interés jurídico para obrar, que nada tienen que ver con la acción, sino con la pretensión incoada, con los presupuestos o requisitos de la sentencia de mérito o de fondo, y encontró que dicha legitimación se encuentra acreditada,

pues la demandante fue instituida como heredera universal de Angel María Muñoz Moncayo.

3º Luego de un análisis del caso planteado y de un estudio del fenómeno simulatorio, el juzgado analiza cada uno de los actos jurídicos celebrados a través de las Escrituras 2720 de septiembre 4 de 1970, en la cual Laureano Muñoz Erazo, obrando como apoderado de Angel María Muñoz Moncayo, vende el inmueble a su cónyuge Raquel Ricaurte de Muñoz; 2847 de agosto 22 de 1980 de la Notaría Segunda, venta de Raquel Ricaurte de Muñoz a María Zarama de Guzmán; 893 de 4 de noviembre de 1980 de la Notaría Primera, venta de María Zarama de Guzmán a Pastora Rodríguez Mora, y, 1383 de 25 de marzo de 1981 venta de Pastora Rodríguez Mora a Raquel Ricaurte de Muñoz, para concluir, que tales escrituras son simuladas “porque no corresponden esos actos jurídicos a un negocio real y verdaderamente concertado entre los premencionados”.

“Los indicios que se han destacado en este fallo —anota—, son varios, graves, precisos y conexos entre sí por tanto, demuestran en su conjunto la existencia del acto simulado en el otorgamiento de las precitadas escrituras públicas”.

Con fundamento en estas consideraciones declara el Juzgado la simulación de las ventas contenidas en las escrituras relacionadas, no haber existido los contratos a que ellas aluden y por tanto el inmueble pertenecer a la sucesión de Angel María Muñoz Moncayo.

4º *“Ha sostenido la doctrina —dice la Corte en sentencia de 14 de septiembre de 1976 (CLII, 2393)—, que por acto simulado se entiende todo acuerdo contractual mediante el cual las partes emiten una declaración de voluntad no acorde con la realidad. Si tal acuerdo va destinado a descartar todo efecto negocial, la simulación es absoluta; si va orientado a celebrar un negocio jurídico, pero se lo encubre con un ropaje diferente, la simulación es relativa. Y en esta última especie se ubica el caso mediante el cual se celebra un contrato de compraventa para disimular una donación.*

“A pesar que la simulación no es en todos los casos fraudulenta, por ejemplo, como cuando no se persigue perjudicar a terceros o realizar un fraude a la ley, de ordinario si va orientada a lesionar los derechos de otros, ya sea en la modalidad de absoluta o relativa, motivo por el cual se le concede al agraviado con la celebración de actos jurídicos de esa índole, la prerrogativa jurídica de destruir el acto simulado, o sea, de hacer prevalecer la realidad sobre la declaración aparente o ficticia.

“Dada la forma y sigilo que rodea la celebración de los actos jurídicos simulados, la prueba a la cual se acude con mayor frecuencia es a la de indicios y, en especial, cuando no existe prueba documental. Por ello la doctrina ha venido sosteniendo que asumen la calidad de tales el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica en los compradores, el precio exiguo, el comportamiento de las partes al efectuar el contrato, etc.”.

5º No existe duda para la Sala de la existencia del fenómeno simulatorio, pues todos los hechos estructuran una serie de indicios graves,

concurrentes y convergentes, sin que hayan quedado desvirtuados por ningún medio de convicción aportado por la parte demandada, que limitó su actividad a la proposición de la defensa exceptiva y a los diferentes alegatos de instancia.

Efectivamente, la premura con que obró el mandatario Laureano Muñoz Erazo al traditar el inmueble a favor de su cónyuge Raquel Ricaurte de Muñoz, haciendo uso de un poder que el mandante afirma no haber otorgado nunca; la posición asumida por la demandada María Zarama de Guzmán, quien no comparece al proceso, pero quien en interrogatorio anterior acompañado con la demanda afirma enfáticamente la simulación del acto tanto de adquisición de Raquel Ricaurte de Muñoz, al venderle como el propio de ella al hacerlo a Pastora Rodríguez Mora; el parentesco entre las primeras, la carencia de pago del precio; las contradicciones existentes en las posiciones asumidas por Raquel Ricaurte y Pastora Rodríguez Mora, en cuanto a la forma del pago del precio; la carencia total de posesión efectiva en todos los compradores; la enorme diferencia del precio dado al inmueble igual en \$ 55.000.00 para las tres primeras transacciones y el de \$ 110.000.00 para la última, frente al avalúo en firme por la suma de \$ 1.250.000.00; la ausencia de toda demostración en el cumplimiento del mandato y el beneficio que hubiera podido reportar de él al mandante; no dejan duda alguna de la existencia de la simulación.

Tampoco cabe duda que se dan las características del acto simulatorio, pues existe divergencia entre la voluntad real y su declaración pública, ya que no fue la intención de Angel María Muñoz dar en venta el inmueble a Raquel Ricaurte de Muñoz, ni esa la finalidad del poder otorgado a Laureano Muñoz, quien tampoco demostró el beneficio que de él hubiera reportado su mandante y consecuentemente el cumplimiento del mandato. Igual concierto simulatorio existió entre todos los partícipes posteriores, pues ninguno de los actos jurídicos celebrados lo fueron realmente y tan sólo existió el ánimo de aparentar algo, siendo así la simulación absoluta, pues ninguno de los actos que se dijeron realizar tuvieron existencia. Se quiso sustraer por ese medio un bien del patrimonio de Angel María Muñoz Moncayo para que ingresara al patrimonio de Raquel Ricaurte de Muñoz.

6º Está acreditada la legitimación con que ha obrado la heredera María del Rosario Garcés Cabrera.

Como efectivamente no aparece demostrada la posesión material en ninguno de los demandados, no será procedente decretar la restitución del bien ni hacer condenas consecuenciales.

Por todo lo dicho corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, sin que lo resuelto por la Corte agrave la situación de la parte recurrente.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 17 de septiembre de 1985, y en su lugar se confirma la del Juzgado Tercero Civil del Circuito de aquella localidad pronunciada el 17 de marzo del mismo año, dentro del proceso ordinario promovido por María del Rosario Garcés Cabrera contra Laureano Muñoz Erazo, Raquel Ricaurte, María Zarama de Guzmán y Pastora Rodríguez Mora.

Costas de la segunda instancia a cargo de los demandados.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En firme la sentencia, envíese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Hernando Tapias Rocha.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

ACCION REIVINDICATORIA

Jurisdicción. Aunque el demandado sea un ente público, esta acción es de índole civil y no administrativa. La acción de reparación directa tampoco es vía adecuada cuando se discute dominio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 11 de septiembre de 1986.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por una de las partes demandadas contra la sentencia de 20 de agosto de 1985, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario adelantado por Eduardo Cepeda y otros contra el Municipio de Sabanalarga y Luis Carlos Movilla Patiño.

I. EL LITIGIO

Eduardo Cepeda Hoyos, Pedro Cepeda Hoyos, Clemente Cepeda Hoyos, Sérvula Cepeda de Manotas y Abel Cepeda Hoyos, demandaron, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, al Municipio de Sabanalarga y a Luis Carlos Movilla Patiño, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

“*Primera.* Pertenece en dominio pleno y absoluto a los señores Eduardo Cepeda Hoyos, Sérvula Cepeda de Manotas, Pedro Cepeda Hoyos, Abel Cepeda Hoyos y Clemente Cepeda Hoyos, el inmueble determinado y alinderado en el hecho primero de esta demanda, y por consiguiente los lotes que lo integran y singularizados en los hechos 6º y 7º de la misma demanda.

“*Segunda.* Como consecuencia de esta declaración de dominio en favor de los actores, se condene al Municipio de Sabanalarga y al señor Luis Carlos Movilla Patiño, a restituir, seis días después de ejecutoriada esta

sentencia, en favor de los demandantes las porciones de terreno que poseen, comprendidas dentro de los linderos que se expresan en los hechos 6º y 7º de esta demanda.

“*Tercera.* Los demandados pagarán a los demandantes, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos naturales o civiles del inmueble antes determinado, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la cosa en su poder.

“*Cuarta.* Los demandantes no están obligados a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 965 del Código Civil.

“*Quinta.* Los demandados pagarán a los demandantes, seis días después de ejecutoriada la sentencia, las costas y costos del proceso, así como los perjuicios causados con la ocupación del inmueble.

“*Sexta.* Inscribese esta sentencia en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Sabanalarga”.

Los hechos se pueden compendiar así:

Que a los demandantes, como aparece en la Escritura Pública 421 de 9 de marzo de 1979 de la Notaría Tercera de Barranquilla, debidamente registrada, les fue adjudicado en la sucesión de Francisca Hoyos de Cepeda, por partes iguales: “Un lote de terreno, situado en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga, que es el resto de uno de mayor extensión, encerrado dicho lote por las siguientes medidas y linderos: Norte, 116 metros, con predio que es o fue del señor Gustavo Alvarez; Sur, partiendo del Occidente hacia el Oriente, se miden 65 metros, linda con la Avenida Bogotá; de este punto con dirección al Norte se miden 50 metros, con predio de Martín Rivera; de este punto con dirección al Oriente, en dos líneas, se miden cien metros y veinticinco metros, con predio de Martín Rivera, Carlos Castillo, Emelina Berdugo y Rosalía Gómez; por el Este, en dos líneas de 100 y 49 metros, linda con predio de Gustavo Alvarez; y por el Oeste, 191 metros, con predio de Julio Araújo y con carretera de La Cordialidad, en medio”.

Que el inmueble hace parte de uno de mayor extensión que fue adquirido por Máximo Cepeda Cepeda, por medio de la Escritura Pública 105 de 22 de septiembre de 1926 de la Notaría Unica de Sabanalarga, debidamente registrada, durante la vigencia de la sociedad conyugal con Francisca Hoyos de Cepeda.

Que los demandantes no han enajenado el inmueble, encontrándose vigente el registro.

Que “desde hace unos ocho años, aproximadamente, el Municipio de Sabanalarga, reputándose dueño sin serlo, puesto que carece de todo título de propiedad, procedió a construir dentro del terreno que pertenece a mis poderdantes, y sin autorización de éstos, un edificio para mercado público, ocupando un área de 3.300 M², que aún subsiste”.

Que el Municipio de Sabanalarga, además dio en arrendamiento al señor Luis Carlos Movilla Patiño, por documento de 22 de abril de 1977, "otra porción de terreno, en la cual este señor construyó una bomba de expendio de gasolina, ocupando una área de 2.625 M²".

Tanto el Municipio de Sabanalarga como el señor Luis Carlos Movilla Patiño, dieron contestación a la demanda, con oposición a la pretensión reivindicatoria de los actores.

El demandado Movilla Patiño reconoce ser poseedor del predio que en reivindicación pretenden los demandantes. No niega la existencia de la Escritura 421 de 9 de marzo de 1979, pero advierte que "don Máximo Cepeda y Francisca Hoyos de Cepeda, vendieron a Gustavo Alvarez Cabarcas, el inmueble, 'por cuanto no se reservaron parte alguna del predio'. Tampoco niega la existencia de la Escritura 105 de 22 de septiembre de 1926. Ni niega que perteneciera a la sociedad conyugal Cepeda Hoyos. Pero reitera que 'salió del patrimonio' cuando 'don Máximo Cepeda y doña Francisca Hoyos de Cepeda le vendieron a Gustavo Alvarez Cabarcas'. Acepta que el Municipio de Sabanalarga construyó un mercado público 'porque el terreno es del municipio, como ejido municipal, que es'. Dice 'que las construcciones y los arriendos los hizo en vida de doña Francisca Hoyos de Cepeda' y 'que el título exhibido carece de eficacia para la acción invocada', por haber sido adjudicado mediante inventario adicional".

Por su parte el Municipio de Sabanalarga, acepta que a los demandantes se les adjudicó el inmueble la que es nula, "por cuanto la partición adicional de la sucesión de la señora Francisca Hoyos de Cepeda incluyó ese bien que no era ni es de los herederos, sino de propiedad estatal". Que el derecho de dominio de Máximo Cepeda se extinguió en favor de la Nación, al no ejercer posesión alguna. Que fue el Departamento del Atlántico el que construyó el mercado público, que luego cedió al municipio. Que como poseedor legítimo y de buena fe el municipio arrendó la porción de terreno a Luis Carlos Movilla Patiño.

Como excepciones propuso de "nulidad de la partición adicional de la sucesión de doña Francisca Hoyos de Cepeda" y de "prescripción extintiva del dominio en favor de la Nación".

Agotado el trámite de primera instancia, el Juzgado, mediante sentencia de 10 de septiembre de 1984, accedió a las súplicas reivindicatorias, con las consiguientes declaraciones y condenas. Así mismo, declaró la improsperidad de las excepciones e impuso la condena en costas al Municipio de Sabanalarga y ordenó la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro correspondiente.

Los demandados interpusieron recurso de apelación, el que fue sustentado por el apoderado del municipio. Por esa razón el Tribunal advirtió, en la sentencia que puso fin a la alzada, de 20 de agosto de 1985, que el fallo de primera instancia "adquirió firmeza", en lo que atañe al demandado Movilla Patiño.

El Tribunal confirmó la parte resolutoria atinente a la declaratoria de dominio en los demandantes, de la condena a la restitución del predio,

de la denegación de las excepciones y orden de inscripción de la sentencia; reformó el punto tercero para decidir: "Condénase al Municipio de Sabanalarga a restituir a los demandantes de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva, los frutos percibidos después de la contestación de la demanda (artículos 964, incisos 1º y 2º del Código Civil). Así mismo se condena a los demandantes en este proceso, señores Eduardo Cepeda Hoyos, Pedro Cepeda Hoyos, Clemente Cepeda Hoyos, Sérvula Cepeda de Manotas y Abel Cepeda Hoyos a pagar al Municipio de Sabanalarga el valor de las mejoras útiles efectuadas en el inmueble materia de la reivindicación, antes de la contestación de la demanda (Art. 966 C. C.). Estas condenas se hacen en forma genérica a fin de que se establezca su cuantía, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 307 y siguientes del Código de Procedimiento Civil". Revocó la condena en costas, para absolver al municipio de esas cargas. Y sin costas en segunda instancia.

II. MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Comienza el Tribunal con relacionar los antecedentes del proceso con una advertencia a las consideraciones sobre la inconformidad del apelante:

"Sea lo primero anotar que si bien es cierto que el apoderado del demandado, señor Luis Carlos Movilla Patiño apeló de la sentencia dictada en contra de su representado (folio 103, Cuad. Ppal.), no es menos cierto que no la sustentó como perentoriamente lo prevee (sic) el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, razón por la cual con respecto al citado demandado ella adquirió firmeza".

Precisa, luego de enunciar todos los elementos para la viabilidad de la acción reivindicatoria que "el demandante tiene el deber de probar no que fue o ha sido dueño, sino de que lo es actualmente".

Señala que los demandantes, con tal propósito, aportaron no sólo el título debidamente registrado (Escritura Pública 421 de marzo 9 de 1979 de la Notaría Tercera del Círculo de Barranquilla), "por medio del cual 'adquirieron en el proceso de sucesión de su madre señora Francisca Hoyos de Cepeda dentro del inventario adicional y partición el inmueble de que se trata, sino que los mismos aportaron la Escritura Pública número 105 de 22 de septiembre de 1926, debidamente registrada, mediante la cual el señor Hernando Lejarde vendió al señor Máximo Cepeda el dominio y la posesión que tenía en un pedazo de terreno situado en la parte Norte de la ciudad y en la porción de terreno denominada 'Cascosa' y determinado por las medidas y colindancias siguientes...".

Otro soporte probatorio de dominio lo recoge el *ad quem* "del certificado de tradición correspondiente", que se hace visible al folio 40 del cuaderno 1º.

Se refiere, en seguida, que "en el curso del proceso se allegó por el apoderado de la parte demandada copia autenticada de la Escritura Pública número 603 de 28 de febrero de 1973, por medio de la cual el señor Máximo Cepeda Cepeda transfirió a título de venta pura y simple a favor

del señor Gustavo Alvarez Cabarcas, el derecho de dominio y la posesión que tenía sobre el siguiente inmueble: 'Una finca rural denominada La Atascosa, constante de treinta y dos (32) hectáreas, en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga...'

Con apoyo en sentencia de 6 de septiembre de 1966 de esta Corporación, que transcribe en apartes sobresalientes, enfrenta la oposición del Municipio de Sabanalarga que alega "posesión del inmueble materia de la reivindicación, que remonta al año de 1972"; para afirmar:

"En esas circunstancias es preciso afirmar que la Escritura número 421 de marzo 9 de 1979, contentiva de la hijuela aportada por la parte demandante como título justificativo del dominio sobre el bien que pretende reivindicar, es posterior a la posesión que la parte demandada invocó en su defensa. Para justificar el dominio que la parte actora alega, se hacía indispensable, por lo anotado, que los adjudicatarios en la sucesión de Francisca Hoyos de Cepeda, hubieran allegado —como en efecto lo hicieron— junto con su hijuela, los títulos que acreditasen que el bien a ellos adjudicado perteneció ciertamente a la causante de ese derecho. En efecto, al realizarse el correspondiente trabajo de partición adicional de los bienes sucesorales de la señora Francisca Hoyos de Cepeda se precisó que en la sucesión de ésta (la primitiva) se dejó de incluir involuntariamente un bien raíz perteneciente a la sociedad conyugal formada por Máximo A. Cepeda Cepeda y Francisca Hoyos de Cepeda y se anotó igualmente que 'por auto de fecha 10 de mayo de 1975, el Juzgado a su cargo aceptó la renuncia que el cónyuge Máximo A. Cepeda Cepeda, hiciera de los gananciales en favor de sus hijos legítimos' que son precisamente los demandantes en este proceso. No sobra agregar que en el proceso figuran agregadas las escrituras mediante las cuales el cónyuge Máximo A. Cepeda Cepeda adquirió el inmueble de que se trata, escrituras relacionadas en esta providencia y que se remontan al año 1926".

También encuentra probado el Tribunal los otros elementos de la acción de dominio. Sobre la posesión del demandado anota que: "Este desde la contestación de la demanda ha venido reiterando su calidad de poseedor material del bien (contestación al hecho 5º de la demanda, folio 37, Cuad. principal)". Además, que el Municipio de Sabanalarga adujo la excepción de prescripción extintiva de la parte actora apoyándose en que es poseedor.

Sobre la identidad del inmueble dice que cuando el demandado alega posesión, siguiendo los criterios de la Corte, se acredita aquélla. Además que "aparece suficientemente acreditada con la inspección judicial practicada al inmueble y el dictamen de los peritos. Igual cosa puede decirse con relación al carácter singular del inmueble objeto de la reivindicación".

Posteriormente, analiza las excepciones propuestas de nulidad de la partición y de prescripción extintiva, para considerarlas infundadas, porque la primera "no es de recibo en esta clase de proceso" y la segunda porque se trata de un predio urbano, en el que no procede la extinción en favor de la Nación.

Como quiera que el *a quo*, consideró al Municipio como poseedor de mala fe al imponer la condena al pago de los frutos naturales y civiles, el

Tribunal, luego de hacer algunas reflexiones sobre el particular, estima que los hechos y circunstancias del proceso permiten concluir que el demandado debe ser reputado como poseedor de buena fe, para los efectos pertinentes. Así mismo, sostiene que la condena al pago de costas al municipio es improcedente al tenor de lo dispuesto 392.5 del Código de Procedimiento Civil.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, una con apoyo en la causal 5ª y la otra en la 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. En este mismo orden se estudiarán por razones de lógica.

Primer cargo.

Se acusa la sentencia “por haber incurrido en la causal primera del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil cuando el proceso corresponde a distinta jurisdicción”.

Dice el recurrente, como un primer fundamento, que la causal invocada de nulidad es insaneable, puesto que “el Departamento del Atlántico construyó para el Municipio de Sabanalarga una plaza de mercado público”. Además, “con la plaza de mercado público, sus calles y estación del terminal, que son trabajos públicos, se viene ocupando permanentemente y definitivamente el predio, cuya declaración de propiedad de los demandantes, señores Cepeda Hoyos, hizo el Tribunal”.

Transcribe a continuación el inciso 2º del artículo 86 del Decreto 01 de 1984, para anotar las cuantías de la primera y segunda instancias, y con la conclusión siguiente:

“Por tratarse, pues, el proceso que nos ocupa, de un pleito por reparación de presuntos daños que pudieran haberse ocasionado a los demandantes a causa de la ocupación permanente de un inmueble con trabajos públicos, es a la jurisdicción contencioso-administrativa, representada en primera instancia por el honorable Tribunal Administrativo del Atlántico, a la que compete el conocimiento de esta acción de *reparación directa y cumplimiento*”.

SE CONSIDERA

En los términos en que planteó el debate, la pretensión restitutoria deprecada descansa en una acción de índole privada, puesto que los actores reclaman el dominio de un predio y los demandados, a su vez, disputan ese derecho.

Ahora bien, el hecho de que uno de los demandados sea el Municipio de Sabanalarga en manera alguna altera la naturaleza de la acción reivindicatoria propuesta por los actores.

Cuando es el dominio lo que se alega, sea cual fuere la clase de persona, natural o jurídica, se ubica inequívocamente en la jurisdicción ordinaria, puesto que en la contenciosa administrativa no se discute propiedad bajo el entendimiento de que los entes públicos, cuando son demandantes o demandados comparecen como cualquier particular para dilucidar la controversia.

Tampoco se puede desviar la disputa sobre el dominio, hacia una acción contenciosa administrativa, como lo pretende el censor, con apoyo en la construcción hecha sobre el inmueble. Si la parte demandada, como sucede en el asunto que se examina, es un municipio, nada cambia o modifica la índole de la acción el hecho de que en el lote de terreno que se pretende reivindicar se hubiese edificado la plaza de mercado público del Municipio de Sabanalarga. Se podía alegar esta circunstancia en torno a la acción de dominio, pero para oponerse a la restitución a cambio del reconocimiento del valor del predio, como lo ha reconocido la Corte por analogía de la regla del artículo 955 del Código Civil (Sentencias de septiembre 6 de 1950, agosto 24 y 29 de 1966). Empero, el ente público no se apoyó en este aspecto, sino en su condición de poseedor. Además, esta inconformidad solamente tendría cabida en el ámbito de la causal primera de casación y no por la 5ª, como lo pretende la censura.

La acción de reparación directa que menciona el recurrente (artículo 86 del Decreto 01 de 1984), como fundamento de su impugnación, no es de recibo para fijar una disputa sobre dominio. En ningún momento se ha discutido la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos. Los actores aducen dominio y para ello reivindicán. Ajeno, por entero resulta la destinación hecha por la entidad pública. Carece de perspectiva, entonces, la orientación dada por el censor a la pretensión de dominio instada en este proceso. No se ha alegado ocupación de ninguna especie del ente público demandado para encuadrar la acción en el marco que lo pretende situar la parte demandada. Por el contrario, la oposición del municipio se sustenta en disputarle el derecho de propiedad a los demandantes.

Y no está por demás advertir que la acción de reparación directa que alude el recurrente tiene el perfil definido frente a la ocupación permanente o temporal por causa de trabajos públicos en virtud de la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo que entró a regir en marzo 1º de 1984, y la demanda presentada en este proceso se desplaza al 24 de enero de 1980, con admisión el 8 de febrero del mismo año, y en ningún momento el ente público ha aducido ocupación por trabajo público, para ameritar un estudio a la luz del nuevo ordenamiento contencioso administrativo.

Lo dicho es suficiente para concluir que no se advierte la nulidad alegada en la censura.

Segundo cargo.

Se acusa la sentencia por "vía indirecta, por error de hecho en la apreciación de los títulos de propiedad aducidos por las partes, a causa

de lo cual la sentencia violó por aplicación indebida las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 669, 946, 950, 961 y 964 del Código Civil, y por falta de aplicación las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 674, 675 y 762 del Código Civil, el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, y el artículo 1º de la Ley 50 de 1936”.

Anota el recurrente que los demandantes, para probar su calidad de propietarios, aportaron la Escritura Pública número 421 de marzo 9 de 1979 de la Notaría Tercera de Barranquilla y también presentaron la Escritura Pública 105 de 22 de septiembre de 1926, contentiva de la compra hecha por Máximo Cepeda a Bernardo Lejarde, de un terreno denominado “Cascosa” “por la Atascosa, que es el nombre correcto”, y que la parte demandada aportó la Escritura Pública 603 de 28 de febrero de 1973, “por medio de la cual el señor Máximo Cepeda Cepeda transfirió a título de venta pura y simple al señor Gustavo Alvarez Cabarcas, el derecho de dominio y la posesión que tenía sobre el terreno de 32 hectáreas denominado “La Atascosa”. Para el impugnador “la Escritura Pública número 105 de 1926, que aparece anotada en el Libro Primero de la Oficina de Registro del Círculo de Sabanalarga, con fecha 6 de octubre de 1926, fue cancelado por el registro de la Escritura número 603 de 28 de febrero de 1973, que aparece anotado en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Sabanalarga con fecha 15 de mayo de 1977 (folio 87). Y fue cancelado, porque en una de las cláusulas de la Escritura 603 de 28 de febrero de 1973, el vendedor manifiesta que el inmueble dado en venta fue formado por el resto de varios inmuebles que adquirió por medio de varias escrituras, entre las cuales se menciona la número 105 de 22 de septiembre de 1926”.

Asevera el censor que “no puede probarse la propiedad de los demandantes con la escritura de hijuela de sucesión, cuyo inventario, partición y adjudicación se hicieron en fecha muy posterior a la posesión del Municipio de Sabanalarga, si, además, se le opone un título también anterior, como es la Escritura 603 de 28 de febrero de 1973, siendo la proveniente del proceso sucesoral de solo marzo 3 de 1979. No importa que el título vertido en la Escritura 603 de 1973 no esté a nombre del municipio; lo importante es que con él se canceló la Escritura número 105 de septiembre 22 de 1926, con la cual el Tribunal complementó la tradición en favor de los demandantes”.

Entonces, para el recurrente “complementar la escritura de hijuela de inventario y adjudicación adicional, número 421 de marzo 9 de 1979, y el omitir la apreciación de la Escritura número 603 de 1973, así como considerar que la Escritura 105 de 22 de septiembre de 1926, se halla vigente, hasta el punto de indicar que con ella se completa la hijuela para que conserve la de sucesión su eficacia probatoria, es un grave error de hecho, en la apreciación de las tres escrituras...”.

Prosigue la censura, con cita del artículo 674 del Código Civil, “que los bienes cuyo dominio pertenece a la República son bienes nacionales, y, si éstos son usados o disfrutados por todos los habitantes de un territorio, como las calles, las plazas, puentes y caminos, se denominan bienes de uso público. Luego, menciona los artículos 675 y 762 *ejusdem*, que estima

infringidos por falta de aplicación 'como resultante de haberse considerado suficientemente probada la propiedad en cabeza de los demandantes, mediante la errónea apreciación de los títulos aportados por ellos, y por no haberle dado el valor probatorio a la Escritura 603 de 1973, aportada por la parte demandada; de lo cual resultó que en lugar de absolver al Municipio de Sabanalarga de los cargos formulados, por ser poseedor de un bien de uso público, que tiene la calidad de imprescriptible, se le ordenó restituirlo a quienes no son sus propietarios'".

El quebranto del artículo 7º de la Ley 200 de 1936, que transcribe, lo enuncia el recurrente así:

"Pues bien, por incurrir en error de hecho al apreciar erróneamente la prueba de la Escritura número 105 de 22 de septiembre de 1926, registrada en 6 de octubre del mismo año, se violó por falta de aplicación de la norma de derecho sustancial que se transcribe en el párrafo anterior, ya que se le confiere a dicha escritura capacidad de prueba idónea de propiedad contra el Estado, lo cual no es cierto, pues de conformidad con el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, *se puede demostrar en juicio con el Estado, la propiedad privada territorial urbana con títulos inscritos anteriores a la vigencia de la Ley 200, en que consten tradiciones de dominio por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria...*". Y como ya vimos, el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 redujo de 30 a 20 el término de la prescripción extraordinaria. La Escritura número 105 de 1926, fue registrada en octubre 6 del mismo año de 1926; pero en ese título no constan tradiciones de dominio por 20 años hacia atrás (teniendo en cuenta que la Ley 200 entró en vigencia el 7 de abril de 1937), lo que indica que en juicio contra el Estado no se puede oponer dicho título para demostrar propiedad. Para que un título de propiedad se pueda oponer al Estado debió haber sido inscrito por lo menos el 7 de abril del año de 1917, para que en 1937 hubiera prescrito en favor de quien lo oponga".

SE CONSIDERA

Parte el recurrente de una noción: no se puede demostrar la propiedad con la escritura contentiva de la hijuela de sucesión, cuya partición y adjudicación se hicieron con posterioridad a la posesión alegada por el Municipio de Sabanalarga, si, además, se tiene en cuenta el acto de disposición contenido en la Escritura Pública 603 de 28 de febrero de 1973 de la Notaría Cuarta de Barranquilla (venta de Máximo Cepeda Cepeda a Humberto Alvarez Cabarcas); esto es, el censor le resta piso al título antecedente argüido por los demandantes y aceptado por el Tribunal —Escritura Pública 105 de 22 de septiembre de 1926 de la Notaría Unica de Sabanalarga—. Precisamente al relacionar este público instrumento con la hijuela de adjudicación es donde le enrostra el primer yerro fáctico trascendente al considerar que no apreció el sentenciador *ad quem* que el predio cuya reivindicación se demandó no pertenecía a Máximo Cepeda Cepeda, ni a la sociedad conyugal, por haberlo transferido en mayor extensión.

El primer reparo que aduce el recurrente de los textos sustanciales, en el aspecto comentado, no encuentra acogida en el *sub lite* si se observa

que no existe el error de hecho que le endilga la censura. Si el Tribunal tuvo en cuenta, en primer lugar, la escritura debidamente registrada de la hijuela de adjudicación del predio cuya restitución reclaman los demandantes, para encontrar en ella la prueba de dominio, lo hizo asistido del criterio normativo que las adjudicaciones en un sucesorio legitima la transmisión del dominio, propia del modo de sucesión por causa de muerte, y que, para contraerla a la posesión anterior alegada por el Municipio de Sabanalarga —que se remonta al año de 1972—, se apoya en el título antecedente recogido en la Escritura 105 del 22 de septiembre de 1926, o sea la compra en mayor extensión hecha del predio, y con el certificado de tradición expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Sabanalarga, puesto que esas apreciaciones tienen pleno respaldo en las pruebas instrumentales aportadas al plenario, en cuanto la escritura y el certificado en mención muestran la adquisición y el título antecedente vigentes.

En esas condiciones, le correspondía al impugnador desvirtuar el contenido probatorio desarrollado en la actividad del juzgador y consignado en la sentencia impugnada. No bastaba pues, la simple alusión de una escritura de venta posterior y de su incorporación al proceso, sino que se requería la demostración incontrastable de que el predio reivindicado salió del patrimonio del causante Cepeda y, que, por ende, no pudo ser adquirido por sus herederos en virtud de la aplicación del viejo aforismo *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Entonces, la sola referencia a un negocio de disposición no permite descalificar el dominio de los demandantes, que según el Tribunal, se remonta al año de 1926, si se ofrecen otros elementos de convicción no infirmados.

Es decir, si se confronta el bien adjudicado, que consta en la Escritura 421 de 9 de marzo de 1979 de la Notaría Tercera del Círculo de Barranquilla, debidamente registrada en la Oficina correspondiente, con el adquirido por el señor Máximo Cepeda por la Escritura 105 de 1926, se da, como lo entendió el Tribunal, la relación del caso, o sea, el complemento de la titulación. En esas circunstancias no pudo incurrir en yerro de hecho, como lo denuncia el recurrente, puesto que la mención del título escriturario de venta de un inmueble hecho por el causante en 1973, no es suficiente para contrarrestar las apreciaciones, consideraciones y conclusiones a las que llegó el *ad quem* de aceptación del dominio alegado por los demandantes, que, se insiste, tiene respaldo en los documentos apreciados por éste y no desvirtuados por la entidad demandada, para hacer relevante el error fáctico endilgado por el censor.

Las restantes acusaciones, contenidas en el cargo que se despacha, no muestran tampoco ningún yerro fáctico, y, por consiguiente, no se advierte violación de norma sustancial alguna.

El quebranto de los artículos 674, 675 y 762 del Código Civil, por inaplicación, señalado en la censura, no puede ofrecerse, puesto que el error que enrostra el recurrente, de no haber dado el valor probatorio a la Escritura 603 de 1973, y a otros títulos escriturarios no guardan relación alguna con la calidad de uso público que predica sobre el bien reivindicado. Es decir, el instrumento en mención no fue inapreciado por

el Tribunal; cuestión distinta en que no hubiera encontrado en él la prueba del dominio en terceros que permitiera romper la cadena de títulos aducidos por los demandantes y que fueron apreciados por el juzgador *ad quem*.

Tampoco tiene dimensión acusatoria, por la vía indirecta, el reparo que hace el censor de violación del artículo 7º de la Ley 200 de 1936, puesto que el título que apreció el Tribunal para derivar el dominio de los demandantes es la hijuela de partición realizada en 1979, y contenida en la Escritura Pública número 421 de 9 de marzo de ese año de la Notaría Tercera de Barranquilla. No existe, por tanto, relación entre el texto enjuiciado y la situación creada con la adjudicación hecha en la sucesión de Francisco Hoyos de Cepeda a los reivindicantes. El instrumento público de 1926, fue tenido en cuenta por el Tribunal, no para derivar la propiedad de los demandantes, sino para complementar el título antecedente de aquél, atendida la relación existente. Entonces, no pudo incurrir en yerro fáctico el sentenciador, como arguye el casacionista, en la apreciación de la Escritura Pública 105 de 22 de septiembre de 1926.

Al no tener ocurrencia, pues, los errores de hecho que el impugnador le enrostra a la sentencia, se debe concluir que el cargo resulta impróspero, porque como lo ha dicho insistentemente la Corte para que un yerro de este linaje pueda influir para combatir una sentencia se requiere que sea trascendente y relevante.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 20 de agosto de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso ordinario adelantado por Eduardo Cepeda y otros contra el Municipio de Sabanalarga y Luis Carlos Movilla Patiño.

Sin costas.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra, Guillermo Salamanca Molano.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SIMULACION

Requiere contrato aparentemente válido.

Si la escritura pública que contiene el acto cuya simulación se pretende, carece de la firma del notario, resulta improcedente impetrar la simulación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., 16 de septiembre de 1986.

Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de julio 17 de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el proceso ordinario promovido por Stella Mosquera de Charry, Gilma Mosquera de Díaz y María Josefa Mosquera de Serrato contra la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", Alfredo Mosquera Garzón y Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva, pidieron las demandantes que, previa tramitación de proceso ordinario, se hiciesen los siguientes pronunciamientos principales o subsidiarios respectivamente:

a) Que se declara que es absolutamente simulado el contrato contenido en la Escritura número 866 de 22 de julio de 1975, de la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, mediante el cual Alfredo Mosquera Garzón vendió las fincas "El Hotel" y "El Higuerón", "un terreno de sabana" y "La Vega", inmuebles ubicados en la vereda "El Dindal", Municipio de Aipe, a la firma "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", en la que sólo son socios los hijos del vendedor, Alfredo, Jorge, Gratiniano y Fernando Mosquera Trujillo.

En subsidio de la petición anterior, se impetró la siguiente:

b) Que se declare que el referido contrato de compraventa es absolutamente nulo, en virtud de que el vendedor Alfredo Mosquera Garzón es el padre de los compradores, a quienes les vendió las propiedades precitadas por intermedio de la firma "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada".

Como impetración subsidiaria de la precedente, se pidió:

c) Que se declare absolutamente nulo el mismo contrato nombrado, por cuanto es uno de donación del padre a sus hijos y no se llevó a cabo la insinuación judicial, habiendo debido obtenerse porque la cuantía de las propiedades vendidas excede de \$ 2.000.00.

d) Como consecuencia, tanto de la petición principal como de las dos subsidiarias, solicitaron las actoras que se declarasen los bienes objeto de la compraventa como pertenecientes a la sociedad conyugal formada por Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo Charry, actualmente en liquidación por fallecimiento de esta última, dentro del respectivo proceso de sucesión, en que son herederas las demandantes; que, por tanto, los demandados deben reintegrar los citados bienes a la dicha sociedad, junto con los frutos civiles y naturales producidos desde el 22 de junio de 1975 hasta cuando se verifique la entrega, comunicando lo pertinente al Registrador de Instrumentos Públicos y al Notario Segundo del Círculo de Neiva, para que éstos dispongan las correspondientes anotaciones y cancelaciones. Que, por lo mismo, se condene a costas a los demandados.

2. Los hechos en que la parte demandante apoya sus pretensiones se sintetizan:

a) Por el matrimonio celebrado entre Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo Charry, el 16 de julio de 1925 en la Parroquia de Neiva, del que nacieron las demandantes y los hermanos Mosquera Trujillo, socios de la firma demandada, "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", se formó la respectiva sociedad conyugal. Durante su existencia, el cónyuge Alfredo adquirió a título oneroso la hacienda "El Hotel" y los encierros "El Higuerón", un "lote sabanoso" y "La Vega", en la vereda "El Dindal" del Municipio de Aipe, mediante la Escritura 1454 de 28 de diciembre de 1968, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Neiva.

b) En la misma notaría, los hermanos demandados, Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, por Escritura 775 de julio 3 de 1975, constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada" con un capital suscrito de \$ 600.000.00 y un aporte de \$ 150.000.00 por cada uno de los socios.

c) El cónyuge Alfredo Mosquera Garzón, sin la intervención de su esposa, vendió las precitadas propiedades a la sociedad referida, según consta en la Escritura 866 de 22 de julio de 1975 de la Notaría antes mencionada, por la suma de \$ 1.000.000.00, de la cual solamente se habría cubierto la mitad, cuando su valor en el momento de la negociación ascendía a más de \$ 10.000.000.00.

d) Cuatro días después, es decir el 26 de julio de los mismos mes y año, los compradores y únicos socios de la firma "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada" suscribieron en presencia de los testigos Celmira Ríos y Amilcar Montealegre, una declaración que, en síntesis, dice lo siguiente:

1º Que por haber recibido de su padre los bienes que les correspondían de su herencia cuando muriera, renunciaban a sucederle en cuanto a inmuebles se refiere, quedando solamente con derecho sobre los muebles y semovientes que para entonces hubiere.

2º Que, como socios fundadores de dicha compañía, habían decidido que mientras vivieran sus padres no enajenarían la finca "El Hotel", sobre la cual Mosquera Garzón tendría el usufructo hasta su deceso.

3º Que igualmente se comprometían a cancelar la deuda que tenía su padre, garantizada con hipoteca sobre la misma finca, y que en caso de que mientras él viva no pueda cubrirla, destinarían para el efecto los semovientes que les correspondieran en la herencia.

e) La negociación tantas veces citada afecta los derechos hereditarios de las demandantes en la sucesión de su madre Ursulina Trujillo de Mosquera, fallecida en Neiva el 5 de junio de 1981, por cuanto de no haber sido favorecidos los cuatro hermanos por su padre con aquella, habrían ingresado a la sociedad conyugal Mosquera-Trujillo, en liquidación dentro del sucesorio de la causante, bienes por valor superiores a los veinte millones de pesos, el cual era el que entonces tenían las propiedades que Alfredo Mosquera Garzón vendió a la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada".

f) Es evidente que en esta venta, según se desprende de la referida declaración suscrita por los hermanos Mosquera, no hubo ánimo de vender ni de comprar, ni fue tampoco real el precio; la verdadera intención del padre fue la de donar las respectivas propiedades a sus cuatro hijos, sin que a esta donación hubiera precedido la insinuación judicial exigida por la ley cuando el valor de la cosa donada excede de \$ 2.000.00.

g) Como quiera que Mosquera Garzón sólo podía disponer de la mitad de los gananciales que le correspondieran en la sociedad conyugal formada con su esposa Ursulina Trujillo, las demandantes, en su condición de hijas legítimas del matrimonio, tienen interés jurídico para pedir que los bienes donados mediante la negociación simulada con la firma "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", sean restituidos a dicha sociedad.

3. En la contestación al libelo, el apoderado judicial de los demandados se opuso a la pretensión principal de la parte actora, aduciendo que en ésta no se dice a qué parte del contrato se refiere la simulación, ni ésta tiene relación con las personas que intervinieron, ni del precio y la forma de pago se habló; tampoco existe relación entre la simulación no identificada, "la declaratoria con referencia a nada y las declaraciones de pertenencia a una sociedad inexistente, porque es inexistente la sociedad conyugal que allí se indica, ni el bien correspondió nunca a Ursulina Trujillo Charry, de quien afirman ser herederas las demandantes...". A la petición primera subsidiaria se opone luego, por cuanto la compra-

venta no se celebró entre el padre y sus hijos, sino entre aquél y la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", de la cual no se expresó que "comprara a nombre de otros ni que sirviera de intermediaria, ni que se hubiera comprometido a traspasar los bienes a otras personas". Y finalmente, respecto de la petición segunda subsidiaria, niega que haya habido una donación simulada por tratarse de una venta. "No puede hablarse de nulidad donde no se alega vicio; la simulación no es un vicio de los actos jurídicos y así no se puede afirmar que hay simulación y hay nulidad por las mismas razones".

Niega también el interés jurídico de las actoras para demandar, puesto que éstas obran como hijas de la causante y los bienes transferidos, que según ellas deben restituirse a la sociedad conyugal, no le pertenecen a ésta sino al vendedor Alfredo Mosquera Garzón, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 28 de 1932.

En cuanto a los hechos, niega unos, acepta otros y respecto de la declaración afirma que no hay documento que la contenga, pues la copia presentada por la parte actora no tiene valor por no haber cumplido con las formalidades legales.

4. Surtida la primera instancia, el Juez del conocimiento le puso fin con la sentencia de 19 de octubre de 1984, mediante la cual resolvió:

1) Declarar que la compraventa celebrada entre Alfredo Mosquera Garzón y la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", es simulada.

2) Declarar, en consecuencia, que los bienes pertenecen a la sociedad conyugal formada por Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo, debiendo ser restituidos "a los herederos reconocidos en el sucesorio de Ursula (sic) Trujillo de Mosquera, dentro de los diez días siguientes a la ejecución de la sentencia".

3) Ordenar la cancelación del título.

4) Condenar a la demandada a la restitución de los frutos naturales y civiles a la sucesión desde que entró en poder del inmueble, hasta la entrega, cuya liquidación se hará mediante el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

5) Conceder a la sociedad compradora las prerrogativas señaladas en el artículo 996 del Código Civil, incisos 5º y 6º.

6) Absolver a los demandados Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo de los cargos formulados en la demanda.

7) Condenar en costas a los demandados Alfredo Mosquera Garzón y la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada".

5. Apelada la providencia anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por sentencia de julio 17 de 1985, resolvió confirmarla en todas sus partes y adiccionarla en el sentido de ordenar al Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva la cancelación del registro de la Escritura número 866 del 22 de julio de 1975, de la Notaría Segunda de Neiva, el cual queda sin vigencia y validez.

Contra esta sentencia interpuso la parte demandada el recurso extraordinario de casación, el que, por estar debidamente tramitado, entra la Corte a despachar.

II. EL FALLO IMPUGNADO

1. Luego de presentar una relación sobre los antecedentes de la controversia, hace el Tribunal un extenso análisis de la simulación, previa la transcripción de una jurisprudencia reciente de la Corte sobre el tema, para entrar después al estudio del caso sometido a su examen, respecto del cual encuentra plenamente establecido el fenómeno simulatorio en el contrato celebrado entre Alfredo Mosquera y la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", representada por Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, con base en indicios que refiere a continuación:

a) *El móvil de la simulación.* Este, dice el Tribunal, aparece demostrado con la confesión contenida en el documento —declaración—, suscrito cuatro días después de otorgada la escritura de venta del inmueble "El Hotel", por cuanto la enajenación que en ésta se dice hacer por Alfredo Mosquera a la sociedad demandada compuesta por cuatro hijos, en realidad no se hizo, "dado que la verdadera intención del cedente fue la de asignarles a sus hijos en vida dicho inmueble, pues si en realidad hubiese tenido la intención de vendérselo, la sociedad compradora no tenía por qué comprometerse con el vendedor, que mientras éste viviese no enajenaría el bien adquirido;... lo cual constituye una limitación al derecho de disposición que no se compadece en un contrato de tal naturaleza, máxime cuando no se estipuló ese compromiso en la escritura de venta";

b) *El parentesco* entre los simulantes constituye un indicio serio y grave, en virtud de que los riesgos que conlleva un negocio simulado son menores generalmente cuando aquél se celebra con parientes o amigos cercanos. Así, en el caso *sub lite* está acreditado con los respectivos registros de matrimonio y nacimiento, que el vendedor es el padre legítimo de los socios que conforman la sociedad compradora;

c) *La conservación de la posesión de la cosa por el presunto enajenante.* Este es otro indicio ostensible, afirma el fallador, por cuanto lo normal en la compraventa es que el bien objeto del negocio sea entregado al comprador, siendo entonces sospechoso que la cosa vendida continúe en poder material y jurídico del enajenante, como ocurre en el presente caso en que el padre permanece frente a la finca en calidad de usufructuario, hecho confesado en el citado documento —declaración—, cuando dice que él seguirá gozando de dicho inmueble mientras viva;

d) *El precio exiguo o bajo.* Resulta un indicio de simulación claro, cuando los contratantes fijan una obligación pecuniaria notoriamente desproporcionada entre el valor real o comercial y el precio estipulado, circunstancia que aquí se da puesto que mientras en la escritura de compraventa aparece por un millón de pesos (\$ 1.000.000.00), en el dictamen decretado en la segunda instancia se conceptúa que el valor de los inmuebles por la época en que se celebró el contrato referido, era de diecisiete millones cuatrocientos mil pesos (\$ 17.400.000.00);

e) *El precio confesado y no entregado*, “pues mientras en la escritura se habla de una forma de pago, al rendir declaración los socios demandados dicen que los pagaron con otros bienes”. Y en cuanto respecto al pago de la hipoteca que gravaba “El Hotel”, los socios demandados muestran abierta discrepancia, ya que unos dicen que la pagaron ellos y otros afirman que la pagó el vendedor, de donde se sigue que el precio no fue cancelado en realidad.

Con todos los indicios analizados, graves, concordantes y convergentes, no cabe duda de que la simulación del contrato contenido en la Escritura número 866 de 22 de julio de 1979, está plenamente demostrada, concluye el *ad quem*.

2. En relación con el interés jurídico que puedan tener las demandantes en este proceso para demandar la simulación, impugnado por la contraparte por no ser ellas herederas del tradente en cuanto éste no les ha transmitido ningún derecho, y porque su madre Ursulina Trujillo de Mosquera no era la propietaria de los bienes enajenados a la sociedad “Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada”, el Tribunal, luego de transcribir una jurisprudencia de la Corte, en la que se dice que por ser transmisible la acción de simulación, los herederos de las partes al igual que éstas, tienen interés jurídico para atacar de simulado un negocio jurídico celebrado por el causante y, con mayor razón, cuando tal hecho lesione sus derechos herenciales, como sucede cuando con ellos se menoscaba su legítima. Y más adelante, agrega, que una vez disuelta la sociedad conyugal el interés jurídico de los cónyuges para demandar la simulación es patente porque entonces se actualiza su derecho sobre los bienes sociales para determinar los gananciales que le corresponden a cada uno de ellos; dice que en el proceso se encuentra probado, con el registro de matrimonio de los esposos Alfredo Mosquera y Ursulina Trujillo y de defunción de ésta, que las citadas demandantes son herederas de la madre y que, por tanto, están legitimadas para demandar la simulación a que este negocio se refiere.

Concluye el *ad quem* su fallo determinando las consecuencias de las circunstancias, mediante las cuales encontró demostrada la simulación.

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Un solo cargo formula la parte demandada contra la sentencia que se dejó extractada, dentro del ámbito de la causal primera, por vía indirecta, que condujo a la violación de normas sustanciales, por indebida aplicación del artículo 1766 del Código Civil, y falta de aplicación de los artículos 100 del Decreto 960 de 1970, 2º de la Ley 50 de 1936, 1741 y 1857 del Código Civil, como consecuencia exclusiva de un evidente error de hecho “al no haber observado que el proyecto de escritura contentiva del contrato declarado simulado no está firmado por el Notario”.

2. En los siguientes términos explica el recurrente su acusación:

“La simulación supone un acto aparentemente válido, que en últimas pierde su eficacia por virtud de arreglos ocultos pactados por los cele-

brantes. El primer requisito para que pueda predicarse la simulación de un negocio jurídico es que exista con apariencia de validez.

“¿Se podría pedir la simulación de un contrato de compraventa de un inmueble celebrado por escritura privada? No, evidentemente no. Tal negocio sería absolutamente nulo por falta de formalidades. ¿Se podría pedir la simulación de un negocio jurídico celebrado por uno absolutamente incapaz? No. Tal negocio sería absolutamente nulo.

“Al parecido con la simulación ocurre con la resolución, que es un remedio del que se hace uso frente a contratos bilaterales válidos pero incumplidos. El incumplimiento supone la validez del contrato. Si el contrato es nulo o rescindible, lo adecuado será deprecar la nulidad o la rescisión. Si ante ese fenómeno se demandara simultáneamente una u otra y la resolución, la demanda devendría inepta por indebida acumulación de pretensiones.

“Pues bien, de conformidad con lo anterior, lo primero que debe hacer el Juez que va a dictar sentencia en proceso simulatorio, es averiguar si tal negocio existe. De no, el estudio de la hipotética simulación resultaría prematuro.

“Ahora bien, ¿el contrato cuya simulación impetra la parte demandante existe? Se trata de una compraventa de inmueble luego debe constar en escritura. ¿Hay escritura? No, rotundamente no. Observe la honorable Corte el reverso del folio 25 que aparentemente contiene la parte final de una fotocopia de la Escritura Pública 866 y observará sin la menor sombra de duda que carece de la firma del Notario. No existe sino el nombre del funcionario escrito a máquina. Pero firma no hay. Compare el reverso de este folio 25 con el anverso del folio 5 que contiene en fotocopia la parte final de la escritura de constitución de la sociedad demandada y verá cómo siendo una misma la Notaría y uno mismo el Notario, allí se ve la firma del funcionario. En la escritura de venta no hay ni el menor indicio de que haya sido firmada por el Notario.

“No haber visto esta circunstancia, que la ve hasta un ciego, constituye un error de hecho grosero, vulgar, ostensible. Ese error aparece de modo manifiesto en el proceso. No es sino echar una mirada al expediente y se observa inmediatamente.

“¿Cuál es la consecuencia jurídica de que ese escrito no haya sido firmado por el Notario ante quien el texto dice que se otorgó? El artículo 100 del Decreto 960 de 1970. El estatuto del Notario, dice: ‘El instrumento que no haya sido autorizado por el Notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal’.

“El proyecto de escritura es la inexistencia como tal, es decir, como escritura. Lo cual implica la invalidez del contrato en ella contenido, por tratarse de una compraventa de bien inmueble. En tales condiciones, no existiendo todavía contrato, no es posible declararlo simulado, como tampoco sería posible declararlo resuelto por incumplimiento.

“Como corolario de todo lo anterior, si el Tribunal hubiese observado que aún no había escritura pública, en vez de declarar simulado el contrato en ella contenido, se hubiera abstenido de fallar por carencia de objeto sobre el cual pudiera recaer la pedida simulación”.

SE CONSIDERA

1. Para que pueda declararse la simulación de un acto o contrato, según se desprende de los términos del artículo 1766 del Código Civil y como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, es indispensable que aquél sea aparentemente válido, ya que dicho fenómeno se configura cuando las partes a la vez que han plasmado públicamente su voluntad en dicho acto o contrato, privadamente han celebrado otro convenio que adición, modifica, altera o suprime los efectos del primero, o sea que su verdadera intención no está contenida en el acto público o aparente sino en el privado u oculto.

Implica lo anterior que cuando se pretende obtener la declaración judicial de simulación de la compraventa de un inmueble, ésta debe llenar los requisitos que la ley exige. Menester es que el documento público llene las condiciones que la ley consagra para su existencia, por manera que si una de ellas faltare, aquél no podrá tenerse como tal escritura y, por tanto, no podrá producir los efectos que la misma ley le asigna, porque entonces será inexistente.

El artículo 100 del Decreto 960 de 1970 establece que "el instrumento que no haya sido autorizado por el notario, no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal", razón por la cual si se ha omitido ese requisito en el instrumento contentivo de un contrato de compraventa de un bien inmueble, éste se tiene por no celebrado.

2. Dentro de las peticiones principales de la demanda introductoria de este proceso, solicitó la parte demandante que se declarara absolutamente simulado el contrato contenido en la Escritura número 866 de 22 de julio de 1975, de la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, mediante el cual Alfredo Mosquera Garzón vendió las fincas "El Hotel" y "El Higuerón", "un terreno de sabana" y "La Vega", inmuebles ubicados en la vereda "El Dindel", Municipio de Aipe, a la firma "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada", pretensión que fue acogida por el Tribunal al confirmar el fallo de la primera instancia.

Sin embargo, como en dicha escritura se omitió la firma del notario, la escritura en mención apenas es aparente y, por tanto, la simulación impetrada resulta improcedente. No puede, en efecto, pedirse que se declare simulado un contrato que no existe.

3. Para que la violación indirecta de la ley sustancial que provenga de un error de hecho, dé lugar a la casación de un fallo, es preciso que la falta de apreciación de una prueba que obra en el proceso o la apreciación de una que no exista en el mismo, sea manifiesta y tenga incidencia en la decisión a que llegue el sentenciador sobre la controversia de que se trate. Es decir, que dicho error sea tan grave y notorio que se presente a la vista sin necesidad de complicados razonamientos, y que además si no se hubiere incurrido en él, el negocio habría sido resuelto en forma contraria a la que se pronunció en el fallo.

Es así indudable que el Tribunal incurrió en el error de hecho que le indilga el recurrente, puesto que no vio que la Escritura Pública número

866 en comento era inexistente como tal, conforme con lo dispuesto en el precitado artículo 100 del Decreto 960 de 1970, inexistencia que hace imposible declarar la simulación del contrato, por cuanto no hay acto aparente que encubra la realidad del querer de las partes. En otras palabras, si el fallador se hubiera dado cuenta de que la referida escritura carecía de la firma del notario, en cambio de declarar la simulación impetrada por la parte actora, la habría negado en virtud de que el negocio memorado sobre el cual debía recaer no había nacido a la vida jurídica, en el *sub lite*.

4. Surge entonces con claridad que el cargo es próspero; imponiéndose la quiebra de la sentencia del Tribunal, para en su lugar, antes de proferir en instancia la que haya de reemplazarla, decretar oficiosamente la práctica de las siguientes pruebas que se consideran necesarias (Inc. 3º del Art. 375 del C. de P. C.).

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *CASA* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva de 17 de julio de 1985, y antes de dictar la sentencia sustitutiva que corresponda, decreta las siguientes pruebas a costa de las partes trabadas en la *litis*:

1. Solicítese de la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, que expida copia auténtica de la Escritura número 866 del 22 de julio de 1975, mediante la cual Alfredo Mosquera Garzón vendió las fincas "El Hotel" y "La Vega", inmuebles ubicados en la vereda "El Dindal", Municipio de Aipe, a la firma "Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada" en la que son socios los hijos del vendedor (Alfredo, Jorge, Gratiniano y Fernando Mosquera Trujillo).

2. Así mismo, solicítese del Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva, copia auténtica de la misma escritura, la cual fue registrada en esa Oficina el día 14 del mes de agosto del año de 1975 (Matrícula número 0002142).

Líbrense los correspondientes despachos.

Término: Veinte (20) días.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra, Guillermo Salamanca Molano.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PROMESA DE CONTRATO

Plazo y condición.

Si al celebrarse la promesa de contrato la condición es indeterminada, no se cumple con la exigencia del numeral tercero del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y conlleva la nulidad de la promesa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

Bogotá, D. E., 18 de septiembre de 1986.

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 24 de mayo de 1985, dentro del proceso ordinario promovido por la sucesión de José Francisco Anaya Anaya, representada por sus herederos José Felipe Anaya Banda, Luis Francisco Anaya Banda, María de la Cruz Anaya de Pérez, Joaquín Anaya Banda y José Miguel Anaya Banda, contra Joaquín Valdivieso Villa.

I. ANTECEDENTES

1º Felipe Anaya Banda, Luis Francisco Anaya Banda, María de la Cruz Anaya de Pérez, Joaquín Anaya Banda y José Miguel Anaya Banda en su calidad de herederos de Luis Francisco Anaya Anaya, propusieron demanda ordinaria contra Joaquín Valdivieso Villa, que correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté, con el fin de obtener el pronunciamiento de las declaraciones que la Sala sintetiza en la siguiente forma:

Primera. Que se declare que el inmueble rural denominado "La Lucha", ubicado en el corregimiento de La Madera, perteneciente al Municipio de San Pelayo, determinado por los linderos que la demanda relaciona, con una extensión aproximada de 50 hectáreas, pertenece en propiedad a la sucesión de José Francisco Anaya Anaya.

Segunda. Que se condene al demandado Joaquín Valdivieso Villa a restituir el referido inmueble a la sucesión de José Francisco Anaya Anaya, representada por los herederos demandantes en el proceso.

Tercera. Que se condene al demandado a restituir a la sucesión demandante el valor de los frutos que el inmueble hubiera podido producir administrado con mediana inteligencia y actividad, desde la contestación de la demanda hasta el día de su entrega a los demandantes.

Cuarta. Que se condene al demandado al pago de las costas causadas por el proceso.

2º La Sala sintetiza los hechos fundamentales propuestos en la demanda, así:

José Francisco Anaya Anaya contrajo matrimonio con Celinda Rosa Banda por el rito católico en la población de Loricá, el 27 de julio de 1929, fecha en que se formó la sociedad conyugal en virtud de la celebración del matrimonio.

José Francisco Anaya Anaya adquirió durante la existencia de la sociedad conyugal, el inmueble que se ha dejado mencionado en el resumen de las peticiones de la demanda, a título oneroso, de conformidad con la Escritura Pública número 48 de 31 de marzo de 1970, otorgada ante la Notaría Unica del Circuito de Cereté, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos el 25 de mayo del mismo año.

En el curso del proceso de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal formada por José Francisco Anaya con Celinda Rosa Banda, el primero celebró un contrato de promesa de venta con Joaquín Valdivieso Villa sobre el inmueble denominado "La Lucha", de conformidad con documento privado suscrito el 17 de marzo de 1976, que en concepto de los demandantes no reúne los requisitos legales propios de la promesa de venta, establecidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

En cumplimiento anticipado de la promesa el demandado entró en posesión del inmueble.

José Francisco Anaya Anaya confirió poder a Zenón Herrera H. para que, verificado el pago del precio estipulado en la promesa de venta, otorgara a su nombre la escritura prometida en favor de Joaquín Valdivieso Villa.

A José Francisco Anaya Anaya le fue adjudicado el inmueble dentro del referido proceso de liquidación de la sociedad conyugal que culminó con la sentencia aprobatoria de la partición dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Cereté el 28 de septiembre de 1977, sentencia que fue registrada el 10 de abril de 1978.

José Francisco Anaya falleció el 3 de abril de 1978.

Abierto el proceso de sucesión de José Francisco Anaya Anaya, los demandantes fueron reconocidos como herederos en su calidad de hijos legítimos, mediante providencia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté el 21 de mayo de 1980.

Joaquín Valdivieso Villa no ha efectuado el pago del precio convenido y los herederos de José Francisco Anaya Anaya no desean efectuar la venta prometida.

3º El demandado en el escrito de contestación no aceptó la apreciación del derecho formulada en el sentido de que la promesa de venta careciera de validez.

Tampoco aceptó los hechos que aseveran la falta de pago del precio del inmueble estipulado en la promesa, pago que afirma haber efectuado en su totalidad, como tampoco ser poseedor de mala fe, ya que el mandamiento de pago le fue negado por razones simplemente formales relacionadas con la falta de demostración de la autenticidad del documento de promesa en la época en que se propuso la demanda ejecutiva.

4º El demandado formuló demanda de reconvenición, en la cual solicita:

Primero. Que se le declare titular del dominio del inmueble denominado "La Lucha" a título de poseedor y prometiente comprador que ha pagado la totalidad del precio de la venta prometida.

Segundo. Que se declare que los demandantes reconvenidos están obligados a otorgarle la escritura prometida.

Tercero. Que se condene a los demandantes reconvenidos al pago de los perjuicios que le han causado.

Cuarto. Que se les condene al pago de las costas causadas en el proceso.

Como hechos fundamentales relaciona el otorgamiento del documento privado contentivo de la promesa de compraventa; su carácter de poseedor del inmueble; la obligación del prometiente vendedor originada en la promesa de transferir la propiedad una vez hubiera culminado el proceso de liquidación de la sociedad conyugal formada por él con su esposa Celinda Rosa Banda; el pago de la totalidad del precio convenido en la promesa; el otorgamiento de un poder que efectuara en vida el prometiente vendedor para que en su nombre se le efectuara la escritura prometida; y, finalmente la muerte del prometiente vendedor.

5º Los demandados reconvenidos mantuvieron sus puntos de vista propuestos en la demanda principal y propusieron adicionalmente la excepción perentoria definitiva de nulidad absoluta de la promesa por carecer de plazo determinado para el otorgamiento de la escritura prometida, porque no se precisa la Notaría en la cual debía otorgarse, y finalmente porque el documento privado contentivo de la promesa fue autenticado notarialmente el 7 de mayo de 1978 cuando Francisco Anaya Anaya había fallecido el 30 de abril del mismo año.

6º Dentro del término correspondiente al traslado de la demanda de reconvenición, los demandantes reconvenidos propusieron varias excepciones previas, que el Juzgado Segundo despachó mediante providencia del 15 de enero de 1982, en la cual declaró probada solamente la de ineptitud de la demanda de reconvenición y declaró como consecuencia de terminación del proceso en relación con ella, providencia que apelada fue reformada por

el Tribunal mediante la de 15 de octubre de 1982 en el sentido de que la ineptitud de la demanda sólo comprendía la segunda de sus peticiones relacionada con la solicitud de que se impartiera a la demandante la orden de otorgar la escritura prometida, por considerar que tal pretensión no puede proponerse dentro de un procedimiento de carácter ordinario.

La referida pretensión queda por lo tanto excluida del proceso.

7º El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté dictó sentencia de primera instancia el 2 de mayo de 1984, en cuya parte resolutive se incluye de manera impropia, una actuación procesal correspondiente a un auto de trámite, y dispuso:

“Primero. Negar la declaratoria de nulidad del contrato de promesa de compraventa realizado entre el señor José Francisco Anaya y Joaquín Valdivieso, con fecha, marzo 17 de 1976.

“Segundo. No acceder a decretar la restitución del inmueble ‘La Lucha’, por parte de Joaquín Valdivieso Villa a la herencia del finado José Francisco Anaya Anaya.

“Tercero. Negar igualmente el ordenamiento en este proceso de la escritura pública a favor de Joaquín Valdivieso por parte de los demandantes en cumplimiento del contrato de que se habla en el ordinal primero.

“Cuarto. Condénase en costas al actor.

“Quinto. Cancélese el registro de la demanda”.

8º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería confirmó la sentencia mediante la proferida el 24 de mayo de 1986, que incluye la condenación en costas a cargo de la parte demandante.

Los demandantes representantes de la sucesión, interpusieron el recurso de casación que ahora se decide.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1º La sentencia del Tribunal reproduce la parte petitoria de la demanda principal; la relación de hecho que se consigna en ella; omite la referencia a su contestación, transcribe las peticiones de la demanda de reconvencción y los hechos en que se funda, reproduce la contestación de los hechos formulada por el demandante reconvenido junto con la excepción de fondo relacionada con la nulidad absoluta de la promesa; hace referencia a las excepciones de carácter previo, da cuenta de su resolución por parte del Juzgado y del Tribunal y finalmente relata que la sentencia fue apelada y el recurso concedido por el Juzgado y admitido por el Tribunal.

2º La sentencia considera que el debate judicial se circunscribe en torno a la validez o invalidez de la promesa de compraventa celebrada por José Francisco Anaya Anaya, con Joaquín Valdivieso Villa, mediante documento privado suscrito el 17 de marzo de 1976, en virtud del cual el primero prometió transferir a título de venta en favor del segundo, el derecho de dominio pleno vinculado al inmueble denominado “La Lucha”.

La sentencia transcribe el texto legal del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cuya reproducción parcial no sobra efectuar también acá:

“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

“1ª Que la promesa conste por escrito.

“2ª Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1.511 del Código Civil.

“3ª Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

“4ª Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

“ ”.

Expresa la sentencia:

En el proceso aparece el original del contrato de promesa de venta a que aquí se alude debidamente estampillado, firmado por los contratantes y por los testigos, todas personas hábiles y capaces. La promesa tiene objeto y causa lícitos, se ha estipulado la forma de pago y se ha señalado la fecha para el otorgamiento de la escritura, que no es otra que la terminación del proceso de división entre el prometiente vendedor y su esposa. Esta es una fecha cierta, se encuentra determinada y tan clara es ella, que dicho juicio terminó con sentencia de fecha julio 26 de 1977, siendo la fecha cierta para el cumplimiento de este contrato la del 10 de abril de 1978, fecha ésta en que se llevó a cabo el registro de la partición en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cereté.

Agrega la sentencia que el problema se halla específicamente determinado de manera exclusiva, por lo dispuesto en el punto cuarto del texto legal transcrito.

Dice la sentencia, citando una decisión anterior, pronunciada por el mismo Tribunal que de conformidad con el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que la promesa de venta no genera sino la obligación de otorgar la escritura prometida, para lo cual debe precisarse la época en que ha de celebrarse el contrato y la notaría en que ha de extenderse la escritura, “puesto que la ausencia de este señalamiento final, indetermina el objeto . . . a menos que la ley se encargue de suplir esta falta”.

Expresa que la Corte ha establecido que la falta de determinación de la notaría en que deba otorgarse la escritura deja sin efectos vinculantes a la totalidad del precontrato. Pero que de conformidad con la aclaración formulada por uno de los Magistrados integrantes de la Sala, se puede dar aplicación al artículo 1646 del Código Civil, que establece que el pago debe hacerse en el domicilio del deudor.

Sin embargo, como en la promesa de venta los dos prometientes son recíprocamente acreedores y deudores, “cuando ambas partes contratantes tienen el mismo domicilio, en virtud de esa convergencia y a la luz del mandato del artículo 1646, es la notaría de este lugar, o el círculo a que

pertenece por ley, la indicada para efectuar el pago, o sea el otorgamiento de la escritura pública pero, si en esa vecindad funciona más de una oficina notarial, cobra aplicabilidad sin reserva la doctrina jurisprudencial de la Corte por la indeterminación de que allí se habla". Añade que la misma indeterminación existe cuando en el domicilio de las partes hay varias oficinas notariales.

Termina observando que en el presente proceso las dos partes son vecinas de San Pelayo, la Notaría de la cabecera del Círculo Notarial es la ciudad de Cereté y allí sólo existe una oficina notarial, por lo cual no se da la indeterminación del objeto, lo que hace que la promesa de venta sea plenamente válida.

3º La parte considerativa de la sentencia termina diciendo:

"En cuanto a los demás pronunciamientos del *a quo* en su sentencia, la Sala se encuentra relevada de referirse a ellos, pues los comparte, ya que fue una decisión correcta y legal y por lo mismo se impone la necesidad de confirmar su fallo".

La Sala no considera que sea normal el sistema adoptado por el Tribunal en la sentencia para eximirse de examinar otros aspectos que omite totalmente, tales como el examen de las pretensiones consignadas en la demanda principal; las pretensiones distintas de la invalidez de la promesa propuestas en la demanda de reconvencción; los aspectos probatorios que surgen de las respuestas correspondientes, y la evaluación del material probatorio incorporado al proceso durante los términos de prueba.

Como el Tribunal hizo suya la sentencia del Juzgado, la Sala tendrá que referirse a los aspectos de esta última relacionados con el recurso de casación.

4º La motivación de la sentencia del juzgado es incompleta, desordenada y en ocasiones incoherente. De varios pasajes expuestos de manera mezclada con otros temas, se puede inferir que el juzgado admite la posesión del demandado que se halla establecida por el texto mismo de la promesa y ratificada por las afirmaciones de las partes; la identidad del bien inmueble realmente poseído por el demandado, con su determinación en el texto de la demanda principal, y la anterioridad del título escriturario aducido por la demandante en relación con la fecha en que se inició la posesión del demandado.

No obstante todo lo anterior, negó el fundamento de la acción reivindicatoria con el argumento de que el prometiende vendedor tuvo la intención de otorgar la escritura prometida, hecho que se pone de relieve por la elaboración de un poder que el prometiende vendedor había conferido para la satisfacción de tal objeto.

En relación con el pago del precio, el juzgado hace referencia a la entrega de instalamentos parciales, sin expresar en forma alguna si en virtud de ellos se completó o no la suma estipulada como precio de la venta prometida.

Ningún otro aspecto de la sentencia se halla relacionado con el recurso de casación fundamentado por la parte demandante.

III. IMPUGNACIÓN

La Sala se refiere exclusivamente al 2º cargo de casación formulado por la parte recurrente, en consideración a que será aceptado por ella.

a) El impugnante invoca la causal 1ª de casación, establecida por el artículo 368.1 del Código de Procedimiento Civil, correspondiente a la violación de la ley sustancial.

El recurrente aduce la violación indirecta de la ley, como consecuencia de numerosos errores de hecho, que quedan puntualizados en el desarrollo del cargo.

El recurrente señala los textos violados, y el concepto de violación, en series que separa formalmente, así:

Falta de aplicación de los artículos 6º, 1500, 1740, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil.

Aplicación indebida de los artículos 775, 1646 y 1647 del Código Civil.

Falta de aplicación de los artículos 665, 669, 673, 765, 946, 947, 948, 950, 952, 961, 962, 964, 1008, 1009, 1010 y 1155 del Código Civil.

Falta de aplicación de los artículos 1139, 1141, 1534 y 1555 del Código Civil.

Falta de aplicación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Aplicación indebida de las reglas 3ª y 4ª del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Falta de aplicación del artículo 306 del Código Civil y finalmente, falta de aplicación de los artículos 187, 194, 197, 228, 251, 252, 253, 254, 258 y 272 del Código de Procedimiento Civil.

El recurrente acusa a la sentencia del Tribunal por haber cometido un error de hecho en la interpretación del documento privado contentivo de la promesa de venta otorgada por José Francisco Anaya Anaya, en favor de José Joaquín Valdivieso Villa, en virtud del cual se promete transmitir el derecho de dominio pleno, sobre el inmueble denominado "La Lucha", ubicado entre los límites territoriales del Municipio de San Pelayo (Dpto. de Córdoba).

De conformidad con la interpretación del Tribunal el referido documento reúne los requisitos exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

El impugnante observa que en el referido contrato no se determina la época en que debe otorgarse la escritura prometida, ya que el documento se limita a decir, en la cláusula que detalla la forma de pago: "...y el tercer contado de \$ 300.000.00 al firmar la correspondiente escritura de venta, una vez se halla (sic) finalizado el juicio de división de bienes entre el vendedor y su esposa Celinda Banda de Anaya, que cursa en el Juzgado del Circuito de Cereté".

En el texto de la promesa tampoco se indica la notaría en que debe ser otorgada la escritura.

Además no se determina la totalidad del contenido del contrato que se promete celebrar, como lo exigen los artículos 30, 31, 32 y 33 del Decreto-ley 960 de 1970;

b) En el referido documento figura una diligencia de reconocimiento que se surtió ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pelayo, el 7 de mayo de 1978; y José Francisco Anaya Anaya falleció el 30 de abril del mismo año;

c) El Tribunal tampoco advirtió que la forma de pago relatada en el escrito de contestación de la demanda no corresponde a la estipulada en el documento;

d) Comete otro error de hecho la sentencia cuando afirma que "se ha señalado fecha para el otorgamiento de la escritura, que no es otra que la terminación del proceso de división entre el prometiente vendedor y su esposa, esta es una fecha cierta, se encuentra determinada y tan cierta es ella que el juicio terminó por sentencia de fecha julio 26 de 1957 y se aprobó la partición en septiembre 28 de 1977, siendo fecha cierta para el cumplimiento de este contrato el 10 de abril de 1980".

El impugnante hace caer en cuenta que esta última fecha corresponde al registro de la sentencia aprobatoria de la partición;

e) La sentencia del Tribunal no apreció los documentos que fueron acompañados a la demanda con que se inició el proceso, constituidos por documentos públicos, así:

1. El trabajo de partición presentado dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal formada por Francisco Anaya Anaya y Celinda Rosa Banda de Anaya.

2. Certificado de tradición del inmueble denominado "La Lucha".

3. Escritura de adquisición del inmueble por parte del prometiente vendedor;

f) Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal la confesión formulada por la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda en la cual se admite que el señor Joaquín Valdivieso Villa es poseedor del inmueble prometido en venta;

g) Finalmente, la sentencia tampoco tiene en cuenta el acta de la diligencia de inspección judicial, de conformidad con la cual se estima acreditada la identidad del inmueble poseído por el demandado, con la determinación efectuada en la demanda principal.

En desarrollo del cargo el impugnante hace caer en cuenta que "la fecha cierta", de que habla la sentencia del Tribunal es deducida por esta Corporación de la que corresponde al registro de la sentencia aprobatoria de la partición efectuada dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal formada por José Francisco Anaya Anaya, con Celinda Rosa Banda de Anaya.

La sentencia del Tribunal crea artificialmente la condición, al hacerla coincidir con el registro de una partición, de la cual se tuvo conocimiento una vez que esta se produjo. Pero la condición debe tener el carácter de

cierta en el momento en que la crean las partes contratantes que son las que realmente la pueden estipular en las promesas de venta. Cuando se pactó el contrato de promesa de venta obviamente la naturaleza de la condición tenía un carácter indeterminado.

No pueden citarse resultados de una prueba testimonial para determinar la intención de las partes contratantes cuando se trata de un contrato afectado de nulidad absoluta.

Los documentos acompañados a la demanda acreditan la calidad de dueños de los demandantes; y la contestación de la demanda establece la confesión del demandado en relación con la posesión que éste ejerce sobre el inmueble prometido en venta; y la inspección judicial acredita la identidad del inmueble, por lo cual se dan todos los elementos estructurales de la acción reivindicatoria.

Finalmente el impugnante observa que en la declaración de nulidad de un contrato deben decretarse las prestaciones mutuas a que hace referencia el artículo 1746 del Código Civil; afirmación ésta que debe corresponder a una sugerencia sobre el contenido del fallo de instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El concepto de plazo corresponde al de un lapso temporal que termina necesariamente por la llegada de un evento futuro que por lo mismo está dotado del atributo de la certidumbre.

En cambio la condición está constituida por un evento futuro que puede ocurrir o no; de tal manera que la certidumbre se halla excluida por el concepto mismo de la condición.

La jurisprudencia francesa distingue el plazo determinado del plazo indeterminado, señalando que el primero termina necesariamente por la llegada de una fecha que se halla prevista de antemano; en cambio en el plazo indeterminado sólo se tiene certeza de su terminación, pero no de la fecha en que debe ocurrir el evento de hecho que le ponga término.

La jurisprudencia colombiana ha adoptado el criterio francés y lo ha hecho igualmente extensivo al campo propio de las condiciones señalando que la condición tiene carácter de determinada cuando la realización del evento que puede tener ocurrencia, en el caso de que efectivamente la tenga ocurrirá dentro de un lapso temporal determinado de antemano. Por el contrario, cuando se trata de una condición indeterminada, no solamente se ignora si el evento condicional ocurrirá o no; sino que además se ignora la época en que éste puede ocurrir.

Los anteriores conceptos no tienen un carácter puramente académico, sino que cumplen una función práctica en el sistema jurídico positivo porque modifican las obligaciones o los derechos reales sometidos a plazo o condición.

El plazo suspensivo impide que la obligación sea exigible antes de su cumplimiento; y el plazo resolutorio constituye una forma de extin-

ción. La condición produce un efecto más radical, ya que la que tiene carácter suspensivo impide el nacimiento de la obligación antes de que se verifique el evento condicional y la resolutoria constituye igualmente una forma de extinción.

El artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establece que la promesa de celebrar un contrato no produce efecto alguno, sino cuando concurren las circunstancias señaladas en los cuatro ordinales que hacen parte del referido precepto.

La tercera de las referidas circunstancias establece que la promesa debe estipular un plazo o una condición "que fije la época en que ha de celebrarse" el contrato prometido.

La parte transcrita del texto legal no deja duda alguna de que el plazo o la condición deben estar revestidos de la eficacia que sea necesaria para fijar la época en que debe celebrarse el contrato.

El texto excluye por tanto a la condición que tiene carácter indeterminado, que como quedó expresado, constituye un evento futuro e incierto cuya época de probable ocurrencia no puede terminarse de antemano.

La única condición compatible con el texto legal tiene que estar constituida por la que comporta un carácter determinado.

La Sala de Casación Civil ya había acogido la doctrina expuesta, en la sentencia pronunciada el 5 de julio de 1983 en proceso ordinario propuesto por Marco Tulio Valencia Osorio contra Carlos Arturo Montoya Restrepo.

En aquella oportunidad dijo la Sala: "...Como el plazo, también la condición puede ser determinada o 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.

"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', bien se comprende que para cumplir tal exigencia no pueda acudir a un plazo indeterminado o a una condición indeterminada, porque ni el uno ni la otra, justamente por su indeterminación son instrumentos idóneos que sirven para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento o fijación de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida".

La promesa celebrada por las partes determinó que la escritura prometida sería otorgada "una vez que se haya finalizado el juicio de División de Bienes entre el vendedor y su esposa Celinda Banda de Anaya, que cursa ante el Juzgado Civil del Circuito de Cereté".

Al margen de la impropiedad con que se designa el proceso en la promesa de venta cabe anotar que el proceso de separación de bienes y el de liquidación de la sociedad conyugal disuelta en virtud de la senten-

cia anterior constituyen en realidad dos procesos distintos. Y que las partes tuvieron la intención de referirse al proceso de liquidación de la sociedad conyugal (formada por José Francisco Anaya Anaya y Celinda Rosa Banda de Anaya), puesto que el otorgamiento futuro de la escritura de enajenación del inmueble se aplazó en virtud de la promesa con la finalidad de que el cónyuge adjudicatario pudiera otorgar la escritura.

Obviamente que todo proceso termina; bien de manera normal por el pronunciamiento de una sentencia definitiva; o bien de manera anormal por desistimiento, transacción o perención. Pero las partes se refirieron a la primera forma de terminación que era la única que podía garantizar la adjudicación del inmueble al cónyuge que lo había prometido en venta.

Sin embargo, la adjudicación misma constituía una eventualidad, además de que no se sabía la época en que debía terminar el proceso, por lo cual la condición que se identificaba con este hecho tenía el carácter de una condición indeterminada.

La interpretación asignada por la sentencia al documento contentivo de la promesa es esencialmente equivocada; el Tribunal consideró que la fecha tenía el carácter de cierta porque la identificó *a posteriori* con la que correspondió al registro de la partición que constituye un acto extraprocesal que las partes no podían prever ni determinar en la fecha en que celebraron el contrato.

Es el momento de la celebración del contrato el que da lugar al nacimiento de la condición con todos los atributos propios de su naturaleza y es en ese momento en el que puede calificarse a la condición como indeterminada o determinada. Este carácter no puede ser calificado con posterioridad a la ocurrencia del evento condicionado como lo hace la sentencia del Tribunal.

El carácter indeterminado de la condición no satisface las exigencias del ordinal 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, como quedó expresado.

La promesa de contrato a la que le falta la satisfacción de este requisito no produce efecto alguno, de conformidad con el referido texto legal, por lo cual se configura una nulidad absoluta en armonía con lo dispuesto por el artículo 1741 del Código Civil.

Por otro aspecto el contrato prometido le faltaba también la determinación completa del contenido de sus estipulaciones de conformidad con lo dispuesto por los artículos 31 y 32 del Decreto-ley 960 de 1970, aspecto por el cual quedaban igualmente sin satisfacer los requisitos a que hace referencia el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que exige que el contrato prometido se halle a tal punto determinado, "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

El error apuntado por el recurrente es suficiente para casar la sentencia.

Los demás errores expresados en el texto del cargo exceden las exigencias del recurso, por lo cual se prescinde de su examen.

Cabe observar además que en la segunda parte del cargo se hacen razonamientos y se citan supuestos errores de hecho vinculados al ejercicio de la acción reivindicatoria que en rigor constituye un tema incompatible con la declaración de nulidad del contrato que constituye el centro del debate; razón por la cual tampoco es el caso de someterlos a examen.

V. SENTENCIA SUSTITUTIVA

En la demanda principal propuesta por José Felipe, Luis Francisco, María de la Cruz, Joaquín y José Miguel Anaya Banda, en nombre de la sucesión de José Francisco Anaya Anaya contra Joaquín Valdivieso Villa, se solicitó la declaratoria de propiedad del inmueble "La Lucha", ubicado en el corregimiento de La Madera, perteneciente al Municipio de San Pelayo y determinado por los linderos transcritos en ella, en favor de la sucesión. Se propuso la acción reivindicatoria del referido bien con el fin de reintegrar la posesión a la sucesión demandante, y la restitución del valor de los frutos que el inmueble hubiera podido producir, administrado con mediana inteligencia y actividad desde la contestación de la demanda hasta el día de su restitución a la sucesión demandante.

José Francisco Anaya Anaya había adquirido el inmueble materia de la demanda durante la vigencia de la sociedad conyugal formada con su esposa Celinda Rosa Banda, de conformidad con la Escritura Pública número 48 de 31 de marzo de 1970, otorgada en la Notaría Unica del Círculo de Cereté.

Mediante documento privado suscrito el 17 de marzo de 1976, prometió en venta el inmueble al demandado Joaquín Valdivieso Villa, habiéndose estipulado en la promesa que el inmueble le sería escriturado tan pronto como terminara el proceso de liquidación de la sociedad conyugal formada por el prometiente vendedor con su esposa que cursaba ante el Juzgado Civil del Circuito de Cereté, proceso que terminó con la aprobación del trabajo de partición en el cual se adjudicó el inmueble prometido al prometiente vendedor, mediante sentencia de 18 de septiembre de 1977, registrada el 10 de abril de 1978.

José Joaquín Anaya falleció el 30 de abril de 1978 y los demandantes fueron reconocidos como sus herederos en su condición de hijos legítimos en el proceso de sucesión de aquél, que cursó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté.

En la demanda se afirmó que el demandado no había pagado la totalidad del precio convenido por la venta del inmueble, y que debía ser reputado como poseedor de mala fe por haber fracasado en un procedimiento ejecutivo propuesto para obtener el otorgamiento de la escritura prometida.

Los demandantes habían afirmado la invalidez de la promesa.

2º El demandado no comparte la consideración de derecho que calificaba la promesa como inválida, y afirmó haber pagado la totalidad del precio convenido, aceptando los demás hechos fundamentales que se han dejado resumidos. Formuló demanda de reconvencción en la cual so-

licitó el reconocimiento de que era propietario del inmueble y pidió el otorgamiento de la escritura prometida y la condena en los perjuicios causados por el incumplimiento de la sucesión demandante.

Los demandantes reconvenidos propusieron la excepción perentoria de invalidez de la promesa y separadamente la excepción previa de ineptitud de la demanda en consideración a *que el otorgamiento* de la escritura prometida solamente podía proponerse dentro de un procedimiento de carácter ejecutivo.

El juzgado declaró la ineptitud total de la demanda de reconvenición y el Tribunal la limitó a la petición que se ha dejado relacionada, dentro del correspondiente incidente.

3º A la demanda se acompañó:

a) Copia auténtica del trabajo de partición efectuado dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal formada por José Francisco Anaya Anaya con Celinda Rosa Banda junto con la sentencia aprobatoria del mismo expedida por el Juzgado Civil del Circuito de Cereté que incluye las notas del registro correspondiente y acredita la adjudicación del inmueble a Francisco Anaya;

b) Copia auténtica expedida por el Juzgado Segundo del mismo Circuito, que da cuenta de la apertura del proceso de sucesión de José Francisco Anaya Anaya y del reconocimiento de los demandantes en su condición de hijos legítimos;

c) Copia auténtica y debidamente registrada de la Escritura Pública número 48 de 31 de marzo de 1970, mediante la cual José Francisco Anaya Anaya adquirió la propiedad del inmueble materia del presente proceso;

d) El documento contentivo de la providencia por medio del cual se negó el mandamiento ejecutivo al demandado solicitado para obtener el otorgamiento judicial de la escritura prometida; y

e) El documento contentivo de la promesa de venta que se ha dejado mencionada tantas veces.

4º El problema de hecho relacionado con el pago del precio convenido en la promesa, se halla definido por el establecimiento de que realmente tuvo lugar, de conformidad con los recibos de pago parcial acompañados al escrito de contestación de la demanda en uno de los cuales habla de que con dicho pago se completa la totalidad del precio convenido.

Estos recibos no fueron tachados de falsos dentro de la oportunidad procesal correspondiente, por lo cual la firma que aparece como estampada por Francisco Anaya Anaya, se debe tener por auténtica, además de que se halla abonada por los testigos de la parte demandada.

Las declaraciones recibidas en el proceso nada más añaden al debate, como no sea la confirmación de las afirmaciones efectuadas por las partes en piezas procesales que tienen el valor de confesión.

La posesión del demandado ejercida sobre el inmueble recibido anticipadamente en virtud de la promesa, se halla admitida por las partes, y

el demandado confiesa haberla iniciado en la fecha del documento contentivo de la promesa, en diligencia de inspección judicial.

No existe tampoco duda acerca de la identidad del inmueble objeto de la acción reivindicatoria y de la posesión del demandado.

5ª De conformidad con lo expresado tanto en la parte motiva de la sentencia de casación, como en la que corresponde a la sentencia de reemplazo, se casará la sentencia del Tribunal, se declarará la nulidad absoluta de la promesa y consecuencialmente se ordenará la restitución del inmueble materia de la reivindicación.

De manera recíproca se habrá de devolver el precio del inmueble junto con sus intereses y se hará las demás restituciones considerando al demandado como poseedor de buena fe. Para la determinación de las cantidades correspondientes al capital representado por el precio de enajenación del inmueble y sus intereses, y de los frutos producidos por ésta desde la fecha de la promesa de compraventa, se habrá de seguir el trámite de liquidación establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

VI. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Se CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 24 de mayo de 1985, dentro del proceso ordinario propuesto por la sucesión de José Francisco Anaya Anaya, representada por sus herederos José Felipe Anaya Banda, Luis Francisco Anaya Banda, María de la Cruz Anaya de Pérez, Joaquín Anaya Banda y José Miguel Anaya Banda, contra Joaquín Valdivieso Villa, y en sede de instancia,

RESUELVE:

Primero. Se REVOCA la sentencia pronunciada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté el 2 de mayo de 1984.

Segundo. Se DECLARA que es absolutamente nula la promesa de compraventa celebrada por José Francisco Anaya Anaya con Joaquín Valdivieso Villa sobre el inmueble denominado "La Lucha", ubicado en el corregimiento de "La Madera", perteneciente al Municipio de San Pelayo del Departamento de Córdoba, tal como se halla alinderado en la demanda principal con que se inició el proceso, contenido en documento privado suscrito por los contratantes el 17 de marzo de 1976.

Tercero. Se condena al demandado Joaquín Valdivieso Villa a restituir el inmueble a que se refiere el ordinal anterior a los herederos de José Francisco Anaya Anaya dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Cuarto. Se considera al demandado como poseedor de buena fe, para efectos de las prestaciones mutuas a que dé lugar la restitución ordenada en el numeral anterior de la presente sentencia.

Quinto. Se ordena a los representantes de la sucesión que restituyan al demandado Joaquín Valdivieso Villa la cantidad de seiscientos mil pesos, correspondientes al precio del inmueble con la suma adicional causada junto con sus intereses legales.

Sexto. Se condena en costas de las instancias al demandado. Sin costas en este recurso extraordinario.

Séptimo. Ordénase la cancelación del registro de la demanda.

En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CHEQUE

Responsabilidad por pago de cheque falsificado.

El Banco sólo se exonera de la responsabilidad que le incumbe cuando acredita estos dos eventos: pérdida culposa del formulario y falsificación de difícil verificación o no notoria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 30 de septiembre de 1986.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario seguido por Empresas Municipales de Cali, frente al Banco de Bogotá.

I. EL LITIGIO

El establecimiento público Empresas Municipales de Cali —Emcali—, demandó por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, al Banco de Bogotá, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“1ª Que el Banco de Bogotá, Sucursal Principal de Cali, con domicilio en esta ciudad, representado legalmente por el doctor Francisco Ochoa Palacios, mayor de edad y domiciliado en Cali, es responsable de conformidad al artículo 1391 del Código de Comercio, por el pago de la suma de dos millones setecientos sesenta mil pesos (\$ 2.760.000.00), hecho con base en el cheque número 00928, girado contra la cuenta corriente de Emcali número 484-00785-1, sin el lleno de los requisitos para poder hacerlo efectivo, pues la firma y sello del Cajero Pagador de Emcali, no correspondía a la registrada en la tarjeta del contrato de cuenta corriente. Pago que se hizo con fecha noviembre 21 de 1978.

“2º Que como consecuencia de lo anterior, también se deberán liquidar y pagar los intereses corrientes causados, desde la fecha del pago irregular (noviembre 21 de 1978) hasta que se efectúe dicho pago.

“3º Que en obediencia a las declaraciones anteriores, se ordene a la entidad demandada el pago de la suma correspondiente a capital más intereses, dentro de un término de cinco (5) días, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia”.

El demandante señaló como hechos:

Que la entidad demandante celebró con el Banco de Bogotá, Sucursal Principal de Cali, un contrato de cuenta corriente, distinguida con el número 484-00785-1, y en desarrollo del mismo “se registraron en las tarjetas respectivas del banco, las firmas y sellos”, que deberían llevar los cheques girados en cuantía de más de \$ 50.000.00, a saber: Jefe de Departamento de Tesorería, Auditor de Emcali y Cajero General.

Que el Departamento de Tesorería elaboró el cheque número 00928 contra la mencionada cuenta por la suma de \$ 2.760.000.00 a favor de Central de Anchicayá Limitada y junto con este cheque fueron elaborados otros dos cheques contra distintas entidades bancarias.

Que los cheques mencionados anteriormente fueron firmados por el Jefe del Departamento de Tesorería y por el Auditor de Emcali y faltando a los tres cheques del Cajero General de Emcali “se recibió el 23 de noviembre de 1978 una llamada a la Sección de Caja y Pagaduría de Emcali, procedente del Banco del Comercio, Sucursal de la calle 14, para consultar el pago del cheque número 09120 girado contra dicho Banco por la suma de dos millones doscientos cuarenta mil pesos (\$ 2.240.000.00)”, que por no aparecer en la relación de cuentas y giros de la empresa no se confirmó, además que se pudo verificar que la firma del Cajero General había sido burdamente imitada.

Que de la misma manera se pudo establecer la sustracción de los otros dos cheques, girados contra las cuentas corrientes de los Bancos Bogotá y Royal Colombiano, los que presentaban falsificación de la firma del Cajero Pagador y de su correspondiente sello registrado en los bancos.

Que los tres cheques mencionados fueron consignados en una cuenta corriente del Banco del Comercio, Sucursal de La Alameda, por personas ajenas a Emcali, distinguida con el número 09830303-5; manejada por los señores Edilberto Alvarez y Javier Jaramillo Bernal.

Que el cheque número 00928, girado por la suma de \$ 2.760.000.00 contra la cuenta corriente de Emcali del Banco de Bogotá fue enviado en canje por el Banco del Comercio al banco girado, que autorizó el pago del mismo, sin que el Banco de Bogotá hubiera consultado previamente con Emcali sobre dicho pago “como es costumbre de todas las entidades bancarias, cuando la suma a pagar sobrepasa los diez mil pesos (\$ 10.000.00), máxime tratándose de una entidad como ésta, cosa que sí hizo el Banco del Comercio”.

Que sin corresponder a la firma del Cajero Pagador de Emcali ni el sello registrado, el Banco de Bogotá procedió al pago del comentado cheque

“a personas inescrupulosas que haciéndose pasar por empleados de la Central Hidroeléctrica de Anchicayá, entidad que aparece como beneficiaria del cheque”.

Que el Banco de Bogotá debió de la cuenta corriente de Emcali la suma de \$ 2.760.000.00, sin que el cheque reuniera los requisitos legales para su pago.

Que Emcali por intermedio de su Gerente Financiero envió el oficio GF-368-78 de fecha 6 de diciembre de 1978, “estando dentro del término contemplado en el inciso 2º del artículo 1391 del Código de Comercio”, solicitando a la entidad bancaria acreditar a Emcali el valor, que se había debitado de la cuenta corriente de Emcali, por el pago irregular del cheque número 00928.

Que el Banco de Bogotá, no ha reintegrado a Emcali la suma debitada de la cuenta corriente de ésta por concepto del pago del referido cheque.

Admitida la demanda se dispuso correr traslado al Banco de Bogotá, que al contestarla aceptó unos hechos, negó otros, con oposición a las pretensiones de la parte actora. Así mismo llamó en garantía al Banco del Comercio, Sucursal La Alameda y propuso las excepciones de “carencia de derecho en el demandante”, “prescripción”, “renuncia del derecho”, “culpa de la víctima o causa extraña” y “concurrencia de culpas”, debidamente fundamentadas.

Rituada la primera instancia, el juzgado le puso fin mediante sentencia de 26 de febrero de 1985, en la que accedió a las súplicas de la demanda, con rechazo de las excepciones y absolución del banco llamado en garantía y con condena en costas a la entidad demandada.

El Banco de Bogotá, inconforme con el fallo interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Cali, que por sentencia de 25 de noviembre de 1985, confirmó la providencia recurrida, sin pronunciamiento sobre las costas de segunda instancia.

MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de fijar los antecedentes del proceso, transcribe el Tribunal apartes de la sentencia de la Corte de 9 de noviembre de 1976, cita el artículo 1391 del Código de Comercio, para decir:

“De esta manera, la responsabilidad en el establecimiento de crédito se presume por el pago de cheques falsos, cuya cantidad se haya aumentado, tal cual lo ha dicho la Corte, que ‘como la medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza al riesgo creado, no le basta el lleno de precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre’ (G. J. Nº 1943, Pág. 73).

“Ahora bien. Indiscutido por los litigantes la existencia del contrato de cuenta corriente, así como también el pago del cheque número 0928

por \$ 2.760.000.00 contra la cuenta corriente de Emcali en el Banco de Bogotá, a través de canje con el Banco del Comercio.

“Debe precisarse que —como bien lo apunta el *a quo* en cuanto hace a las firmas que debían llevar los cheques para poder ser pagados por el Banco y, concretamente las del Jefe del Departamento de Técnica, Auditor de Emcali y Cajero General, tal exigencia debe considerarse como acreditada en atención a la preceptiva del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil. Además —importa agregar— también existe prueba testimonial que confirma el acerto (sic) y —más aún— tal comprobación surge también de lo que indica el artículo 285 del Código de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la exhibición y su renuencia. No obstante que dos diligencias se hicieron para ello con fecha 14 de septiembre de 1981 y 6 de julio de 1982.

“*Mutatis mutandi*’ idéntica apreciación debe hacerse en cuanto a la comprobación del hecho del recibo, por parte del banco, de la carta de fecha 6 de diciembre de 1978, en la que la Gerente Financiera de Emcali *avisa* al banco girado sobre el pago irregular del cheque número 00928 por valor de \$ 2.760.000.00, en atención a la falsificación de la firma del Cajero General. Además, el gerente de la entidad demandada reconoció implícitamente el recibo de la carta en mención cuando expresó en las diligencias de exhibición e inspección judicial, primeramente, que: ‘los documentos de la referencia se encuentran archivados en las bodegas de Almaviva que el Banco tiene en esta ciudad...’ y, posteriormente, que ‘... desafortunadamente la carta de fecha 6 de diciembre de 1978 no fue encontrada... (sic)’ (Fl. 13 Cdno. 2º y Fl. 2 Vto. Cuad. 4º)”.

Entra en el análisis del dictamen de los expertos en grafología y que “bien hizo el *a quo* en acogerlo como suficientemente demostrativo de la falsedad de la firma del Cajero General de Emcali, toda vez que —se repite— cumple con creces las exigencias del numeral 6 del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 241 *ibidem*.

“Corolario de todo lo anterior no es cosa diferente el que se acreditó, indubitablemente, en el informativo, los hechos narrados en la demanda en cuanto al pago de un cheque falso por parte del Banco de Bogotá de esta ciudad”.

Afirma el *ad quem* que “no se acreditó en el informativo por parte de la entidad crediticia demandada la culpa de las Empresas Municipales de Cali. Con la contestación de la demanda se allegó una presunta copia del informe del coordinador de auditoría dirigido al doctor Héctor Hugo Millán Auditor Encargado de Emcali, la cual no tiene ningún alcance probatorio, toda vez que la *irregular autenticación* del Notario Catorce de Bogotá (?) contradice abiertamente la preceptiva del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, como que el original de la misma no podía encontrarse en la Notaría mencionada, sino en la Auditoría General de Emcali”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, al amparo de la causal primera, inicialmente, por vio-

lación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 1391 y 732 del Código de Comercio.

Comienza el censor con transcribir los incisos primeros de los artículos acusados, para afirmar que “la falsedad del citado cheque se acreditó en cuanto a la firma del señor Alfonso Gómez Celis, Cajero de las Empresas, mediante dictamen pericial. Y que el cheque se extravió en las dependencias de la empresa aparece comprobado con las afirmaciones de la demanda que constituyen confesión judicial conforme al artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido se ratifica en carta, de 6 de diciembre de 1978 dirigida por la gerente encargada, Ana Lucía Varón Lenis, donde reconoce que el cheque fue sustraído de la auditoría de Emcali. Y si no fuera suficiente, a folio 22 del cuaderno 1º obra copia de la resolución que ordena investigar la pérdida de los cheques, entre ellos el que fue pagado por el Banco”.

En cuanto a la conclusión del Tribunal de que no se acreditó la culpa del demandante, para lo cual se refiere a la copia del informe del coordinador de la auditoría, allegada con la contestación de la demanda, a juicio del *ad quem* carece de valor probatorio; sostiene el recurrente sobre el particular:

“Lo anterior y que el auditor del Consejo no es empleado público resulta pueril, ya que el primero no es entidad privada. Es insólito, por decir lo menos, que ante dichas pruebas, la primera emanada de un empleado público en ejercicio de sus funciones, coordinador de la auditoría precisamente encargada de las Empresas Emcali, se diga que no es documento público, contrariando lo preceptuado en los artículos 262 y 264 del Código de Procedimiento Civil, e incurriendo por tanto en error de derecho al restarle el alcance probatorio que dichas normas establecen”.

Asevera que la culpa del demandante se acredita, además de los documentos inapreciados, con el hecho de “que los cheques que bajaron a la caja faltaban tres, entre ellos el que es materia de este proceso, sin que ningún empleado se diera cuenta de ello”.

Como segundo aspecto de la acusación combate la sentencia por falta de aplicación del artículo 733 del Código de Comercio y por aplicación indebida del artículo 1391, así como del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

Dice el recurrente:

“El Tribunal considera que la situación del proceso se rige por el artículo 1391 y no por el 733, lo que es erróneo, pues las dos normas son excluyentes. En efecto, la primera dispone implícitamente que si el dueño de una chequera avisa al Banco de la pérdida de *uno* o más formularios, no tiene derecho o sólo podrá objetar el pago si la alteración o falsificación fuere notoria. O sea, que si no lo fuere carece de dicho derecho.

“En el caso de autos está probado pericialmente que la falsificación fue notoria, pues los peritos Fajardo Ardila y Jiménez Rengifo dicta-

minaron: 'La firma dubitada del señor Alfonso Gómez Celis, Cajero General de las Empresas Municipales de Cali, por el contrario no fue escrita o impresa por dicho Cajero, como es la costumbre..., sino por puño y letra de persona distinta a él, en un empeño de imitación'.

"Si el empeño de imitación se frustró, como añaden los peritos, no fue una imitación bien realizada, por lo cual mal podía a simple vista el Banco percatarse de la falsificación".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Para establecer la responsabilidad del Banco, el Tribunal se fundamentó indiscutiblemente en la preceptiva del artículo 1391 del Código de Comercio, en cuanto la entidad privada pagó un cheque falso, por la suma de \$ 2.760.000.00, sin que se hubiese demostrado la culpa del cuentacorrentista o las de sus dependientes. Es decir, partió el sentenciador *ad quem* de una presunción de responsabilidad a cargo de todo Banco.

2ª Cuidadosamente, el Tribunal analizó las pruebas para saber si se ofrecía la culpa en el cuentacorrentista, tal como lo había predicado a lo largo del proceso el Banco demandado —y luego de observar el material probatorio— concluye que, en parte alguna, se localiza la conducta culposa del demandante "en el hurto y cobro del cheque falso a que se refiere el libelo demandatorio".

3ª El recurrente combate la sentencia, precisamente, en este aspecto; y en la demostración del cargo proyecta sus consideraciones sobre las equivocaciones en la apreciación de las pruebas; esta crítica, como es obvio, obliga a la Corte a estudiar este aspecto, puesto que el soporte conceptual de la presunción de culpa no lo rebate la censura; esto es, participa el impugnador de las conclusiones sentadas por el Tribunal en este punto, pero con la inconformidad de que se hubiese detenido únicamente en el ámbito normativo del artículo 1391 del Código de Comercio cuando el artículo 733 *ibidem* también regula situaciones atinentes a la responsabilidad del dueño de una chequera en cuanto la tenencia de los formularios respectivos y que no fue apreciado porque de haberlo hecho hubiera encontrado la culpa del demandante.

4ª Es pertinente, por tanto, hacer algunas previas reflexiones:

El artículo 1391 del Código de Comercio, de manera concreta, se refiere a la responsabilidad contractual por el pago de cheques falsos o adulterados, que sitúa el fenómeno, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, en la presunción contra el Banco de responder por el pago, "salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o las de sus dependientes, factores o representantes", como lo dispone aquel precepto. Sin embargo, no se contraponen a las otras situaciones las disciplinas en los artículos 732 y 733 ejusdem, que reglamentan así mismo, con criterio general, la responsabilidad por el pago de cheques falsos o alterados a cargo del Banco, a saber: que el "Depositante no notifique al Banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado" (732-

1), o que “se debiera a culpa del librador” (732-2), o que “el dueño de una chequera que hubiera perdido uno o más formularios y no hubiera dado aviso oportunamente al Banco” en el evento de no ser notoria la falsificación o alteración (Art. 733).

Es decir, el actual ordenamiento mercantil, sin detenerse en la culpa del Banco por el pago de un cheque falso, que en un momento de la doctrina de la Corte, la ubicó en el ámbito del riesgo creado (G. J., 1943, 734 sentencia de 29 de noviembre de 1976), con fundamento en la preceptiva del artículo 191 de la Ley 46 de 1923, reconoce causales de exoneración de responsabilidad teniendo como soporte, precisamente el comportamiento del cuentacorrentista, que se puede identificar sobre la calificación del grado de conducta descuidada, constitutiva de culpa, o de las circunstancias que registran los artículos 732 y 733 del Código de Comercio. Entonces, el riesgo de la falsificación del cheque lo sufre la entidad bancaria, porque, como se dice, ésta debe pagar, en principio, los cheques emitidos por el librador.

En cualquier evento eximente de responsabilidad, corresponde al Banco demostrar la culpa del cuentacorrentista, en cuanto éste se ampara en una amplia suposición frente al deber de aquél de no pagar un cheque falso o alterado.

5. En el caso que se examina, se repite, el Tribunal no encontró la culpa del cuentacorrentista. En la ponderación de las pruebas no apreció conducta imprudente o descuidada, que, por tanto, permitiera exonerar de responsabilidad al Banco. pero debe entenderse este modo de portarse no sólo a la luz de la preceptiva del artículo 1391, sino de los otros preceptos señalados (732 y 733). Y es que el recurrente centra su impugnación en la falta de aplicación del artículo 733 del Código de Comercio, que impone el deber del librador de guardar con diligencia los formularios y de dar el aviso sobre su pérdida.

6. *El hecho de la pérdida del formulario del titular de la chequera independientemente no descarga la responsabilidad del Banco. Este es un deber del dueño de la chequera, que no puede comportar un grado de culpa, suficiente para eximir a aquél del daño causado por el pago de un cheque falso. Para ampararse el Banco, en la situación derivada de la pérdida, tiene que demostrar que la falsificación no fue notoria. Esto supone, entonces, que la carga de la prueba corra por cuenta del Banco, para desvirtuar así la responsabilidad que asume del pago hecho en cheque falso, si se acredita dentro del proceso esta circunstancia. Y lo cierto es que el demandado no demostró que el cheque, fundamentó para debitar, de la cuenta corriente del actor, la suma pagada y que se perdió de la chequera de éste, muestra una falsedad de difícil apreciación al momento de hacerse la operación bancaria correspondiente de satisfacción del valor.*

Más todavía: los peritos al sentar las conclusiones sobre suscripción del cheque dicen: “La firma dubitada del señor Alfonso Gómez Celis—Cajero General de las Empresas Municipales de Cali—, por el contrario no fue escrita o impresa por dicho cajero, como es la costumbre

según folios anexos 4 y 6 y específicamente como aparece en el patrón de nuestro anexo número 17, sino por puño y letra de persona distinta a él, en un frustrante empeño de imitación”.

7. En este orden de ideas, resulta irrelevante, por tanto, los errores que el impugnador le enrostra al sentenciador en cuanto la culpa que le indica al demandante, al estar demostrado, eso sí, el pago de un cheque falso, pues, *el Banco estaba en el deber no sólo de acreditar la pérdida culposa del formulario, sino, además, que la falsificación no fue notoria, o sea, de difícil verificación, porque no se puede desplazar la responsabilidad del Banco por el exclusivo hecho de la pérdida del cheque sin que se colme el otro supuesto previsto en el artículo 733 del Código de Comercio.*

Además, para el Tribunal el Banco no acreditó “para efectos de librarse de responsabilidad”, la culpa del cuentacorrentista, además de “que el hurto o sustracción de un cheque siendo un hecho de ocasión, rápido y momentáneo, bien puede ocurrir, no obstante los más sofisticados sistemas de control y protección que se tengan en establecimientos de la envergadura de la entidad demandante. Tendría que acreditarse —y ello no ha acontecido— una omisión o descuido flagrante e injustificado para que se estructure la culpa del cuentacorrentista, más aún si en el *sub examine* —importa decirlo desde ya— no se trató del hurto o extravío de toda una chequera o formulario de cheques, sino tan sólo de tres títulos valores, lo cual determina que el caso se regule no a través de la preceptiva del artículo 733 del Código de Comercio —al que insistentemente se ha referido el procurador judicial de la parte demandada—, sino que la situación planteada se regla por lo dicho en el artículo 1391 anteriormente transcrito”.

El propio censor reconoce que “si el empeño de imitación se frustró, como añaden los peritos, no fue una imitación bien realizada”, lo que hace suponer que si la falsificación de la firma de una de las personas autorizadas para suscribirlo fue notoria, todo el peso de la responsabilidad descansa en el Banco. Cuestión distinta, si, además de la prueba de la pérdida culposa del titular del formulario, o sea del demandante, se hubiere acreditado que la falsedad fue lograda con un grado de realización de difícil apreciación. Tampoco se debe olvidar que el cheque no fue pagado por ventanilla donde la posibilidad de verificación de las firmas es mucho más compleja por la rapidez de la operación; pero no así por el sistema de canje, en el que el Banco tiene mejores oportunidades para confrontar el lleno de los requisitos externos para el pago de un cheque.

Todo lo dicho sirve para concluir, que no se ofrece el quebranto de los textos sustanciales acusados. No prospera, por tanto, el cargo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 25 de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali,

en este proceso ordinario adelantado por Empresas Municipales de Cali, frente al Banco de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PRESCRIPCION

Interrupción.

El artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, establece tres plazos sucesivos e ininterrumpidos, que corren desde el día siguiente al del vencimiento del anterior.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., 1º de octubre de 1986.

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la codemandada contra la sentencia de 10 de octubre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de Carlos Isauro Barrios Valencia contra Luis Carlos Díaz Ortega y Myriam Inés Díaz de Salazar.

I. ANTECEDENTES

1. En demanda presentada el 4 de mayo de 1984 ante el Juzgado Civil del Circuito —reparto— de Ibagué, Carlos Isauro Barrios Valencia demandó por los trámites del proceso ordinario a Luis Carlos Díaz Ortega y a Myriam Inés Díaz de Salazar, con el fin de obtener principalmente la rescisión de los contratos de compraventa celebrados entre los demandados, aquél como vendedor y ésta como compradora, recogidos en las Escrituras números 421 y 497 de 9 y 25 de mayo de 1983 de la Notaría Tercera de Ibagué, relativos a los derechos que el vendedor tenía en los inmuebles distinguidos con los números 17-116/118 de la carrera 1ª, 1-02/04/14 de la calle 18 y 17-106/108/112 de la carrera 1ª de la ciudad de Ibagué y, consecuentemente, la cancelación de las inscripciones que de dichos instrumentos notariales se hizo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de dicha ciudad, y, luego del regreso de tales bienes al patrimonio del vendedor, gozar de la posibilidad de que con

ellos se le pague en forma preferencial los créditos cuyas ejecuciones se ventilan actualmente ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de dicha ciudad, por valor de \$ 2.240.000.00 más los intereses pactados y las costas del proceso.

Como supuestos fácticos el demandante relató los que a continuación se compendian:

1. Mediante contrato de compraventa celebrado en la ciudad de Ibagué el 19 de octubre de 1982, recogido en documento privado, el demandante vendió al codemandado Luis Carlos Díaz Ortega y a María del Carmen Ortega de Díaz, la maquinaria, mercancías y accesorios para la reparación general de rines y montaje de llantas, relacionadas en las cláusulas 1ª y 3ª de dicho documento, que los compradores adquirieron por la suma de \$ 2.200.000.00 pagaderos en la siguiente forma: con una línea telefónica y un teléfono avaluados en la suma de \$ 200.000.00 que el comprador recibió a satisfacción, y el saldo con una letra de cambio girada por los adquirentes, para ser pagada un año después de la fecha del contrato, con intereses de plazo del 3% mensual.

2. Los compradores no pagaron cumplidamente los intereses, por lo que el demandante se vio precisado a iniciar una primera ejecución por valor de \$ 240.000.00 correspondientes a las últimas cuatro mesadas, asunto que correspondió al Juzgado Quinto Civil Municipal de Ibagué y en el que no se pudo llevar a cabo el embargo sobre los bienes inmuebles del codeudor Luis Carlos Díaz, por cuanto éste “de mala fe” los había transferido a su hermana en el mes anterior, conforme a los contratos de compraventa materia de rescisión. Y como tampoco pagaran el importe de la letra de cambio, el demandante promovió luego una segunda demanda ejecutiva, acumulada a la primera, que por razón de la cuantía correspondió en reparto al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esa misma ciudad.

3. De tal suerte que, ni Luis Carlos Díaz ni María del Carmen Ortega de Díaz han pagado el capital ni los intereses “y antes por el contrario, éste se ha insolventado maliciosamente para evadir el pago, en perjuicio del acreedor legítimo”, conforme a las siguientes apreciaciones: el parentesco que une a los contratantes; la vileza de los precios de venta de los derechos enajenados; el conocimiento que la compradora Myriam Inés Díaz tenía de la obligación contraída por su hermano para con el demandante y de las ejecuciones promovidas en su contra para satisfacerla; la posesión y explotación que el vendedor mantiene sobre los bienes enajenados que era el único patrimonio de fortuna que poseía, y cuya disposición no tenía otra finalidad que causarle graves perjuicios al demandante, al impedirle, por la insolvencia en que se sumía, la satisfacción de los créditos que tenía a su favor, y la pobreza de la compradora para adquirir tales bienes.

4. Mediante auto de 7 de mayo de ese mismo año, el Juzgado Segundo Civil del Circuito, al que correspondió por reparto el presente asunto, admitió la demanda, cuyo auto fue notificado personalmente a Luis Carlos Díaz Ortega el 13 de junio y a Myriam Inés Díaz de Salazar, por curador *ad litem*, el 24 de julio siguiente.

5. El demandado se opuso a las pretensiones del actor, aceptó como ciertos los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 3, 7, 8 y 18, con algunas aclaraciones; negó los consignados en los numerales 4, 6, 9, 13, 14, 15 y 17 y afirmó no constarle los restantes. Propuso además las excepciones de "falta de legitimación activa, inexistencia de la obligación, incumplimiento del contrato y petición en forma indebida".

6. La codemandada, por su parte, alcanzó a replicar oportunamente la demanda y en su respuesta reproduce totalmente la defensa y la gestión exceptiva que propuso el demandado Díaz Ortega, a la que agregó la excepción de prescripción consistente en que "de acuerdo al artículo 90 la demanda fue notificada al curador *ad litem* fuera de término. La acción pauliana debe incoarse dentro del año siguiente, contado desde la fecha del acto o contrato, cosa que aquí no sucedió".

7. La primera instancia concluyó con el fallo de 26 de febrero de 1985, mediante el cual el juzgado de la causa despachó favorablemente las pretensiones del demandante, y la segunda, por interposición del recurso de apelación, concluyó con la sentencia de 10 de octubre de ese mismo año, que confirmó en su totalidad la determinación apelada.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de precisar que la acción promovida es pauliana o revocatoria, consagrada positivamente en el artículo 2491 del Código Civil, de puntualizar su naturaleza jurídica, de destacar las características propias que la hacen inconfundible con la acción de nulidad y de resaltar las condiciones necesarias para su ejercicio, el Tribunal regresa a acopio probatorio para dar por establecida la primera condición, o sea, la calidad de acreedor en el demandante, para lo cual se apoya en que tal atributo no ha sido negado por la parte demandada, y además, emerge "palmaria-mente de los documentos existentes en el proceso, como son las copias de las piezas procesales tomadas de los procesos de ejecución promovidos por el demandante contra el demandado Luis Carlos Díaz Ortega para obtener el pago primero de los \$ 240.000.00, de intereses vencidos y luego el pago de los \$ 2.000.000.00, consignados en la letra de cambio a que dicho título alude. Estas copias auténticas de piezas procesales tomadas de los procesos de ejecución aludidos, se encuentran complementadas con la certificación expedida por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Ibagué, según la cual la ejecución que se adelanta en su juzgado no ha sido solucionada". Dio por acreditada la segunda condición, o sea el *eventus damni* cuando expresó que los "autos muestran que el demandado dispuso de todos sus bienes inmuebles que radicaban en su cabeza, operándose así una insolvencia en este sentido que pudiéramos llamar total, pues, a la vista está que las ejecuciones promovidas con anterioridad a las ventas de esos dos inmuebles urbanos fracasaron ostensiblemente por la simple razón de que el demandado había transferido esos inmuebles a su hermana Myriam Inés Díaz de Salazar, luego que supo de las ejecuciones entabladas en su contra". Finalmente, también dio por demostrada la tercera condición, es decir, *el concilium fraudis* apoyado en indicios derivados del parentesco entre las partes contratantes, la confianza y

amistad que reinaba entre ellos, lo irrisorio del precio estipulado frente al avalúo pericial rendido en el proceso, la premura y celeridad en el otorgamiento de las escrituras, otorgadas luego de que el demandado conoció la existencia de las ejecuciones, etc., de los que infirió el conocimiento que tuvo la codemandada Myriam Inés Díaz de Salazar del mal estado de los negocios de su hermano.

Y en cuanto a la excepción de prescripción alegada por esta última, el Tribunal *ad quem* expresó que acogía los planteamientos del *a quo*, que dio por interrumpida la prescripción de la acción propuesta, desde la presentación de la demanda, por cuanto “faltó un día para que pudiera consumarse”.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro cargos enfila el apoderado judicial de la recurrente contra la sentencia acabada de resumir, ubicados en el campo de las causales primera de casación, el primero, el segundo y el cuarto por errores de hecho y el tercero por error de derecho, que la Corte despachará comenzando por los apoyados en yerros de facto.

Cargo primero.

Se denuncia quebranto indirecto de los artículos 2491 numeral 3º, 2538, 2539 y 1625 numeral 10, del Código Civil, por falta de aplicación; 90 del Código de Procedimiento Civil y 2491 numeral 1º del Código Civil, por aplicación indebida, como secuela de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las constancias procesales sobre notificación del auto admisorio de la demanda a la recurrente.

Desenvuelve el cargo afirmando que el Tribunal apreció erróneamente las constancias procesales relativas a la manera como se cumplieron las actuaciones realizadas por la parte demandante para interrumpir la prescripción de la acción intentada por éste, “... porque contra toda evidencia, supuso probada la notificación al curador dentro del término de dos meses, siguientes a la orden de emplazamiento, cuando lo cierto que lo fue en época posterior”.

En el punto expresa que “el demandante solicitó que se emplazara a los demandados el día 12 de mayo; el auto ordenando el emplazamiento se dictó el 14 de mayo; el 15 siguiente, el apoderado renunció a términos de ese auto y el 16 se fijó el edicto emplazatorio. El curador se notificó de la demanda el 24 de julio... Como puede verse, bien se cuente el término de dos meses del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil desde que se solicitó el emplazamiento o desde que el juzgado lo ordenó o inclusive desde que el edicto fue fijado, es indudable que para el 24 de julio habían transcurrido más de dos meses, por lo cual la acción estaba prescrita”.

Y continúa: “Pero así no opinó el Tribunal. ¿Qué dijo éste? De su cosecha nada. Simplemente remitió a lo dicho por el Juez. Y éste a su

vez en la parte esencial dijo ‘...Si hechos los cómputos de los términos referidos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, contados a partir del 7 de mayo, los dos meses para la notificación al curador venían el 25 de julio, la hecha el día anterior está ajustada a los postulados de la norma y en consecuencia la excepción de prescripción no tendría ningún soporte, porque su interrupción operaría a partir de la admisión’ ”.

Termina el cargo expresando que “es evidente que una vez iniciadas las actuaciones tendientes a notificar al curador, ya se cuentan éstas desde la solicitud de emplazamiento, desde el auto que lo ordene, o desde la fijación del edicto, se dispone de dos meses para notificar al curador. Así mismo, es evidente que este asunto no se notificó al curador dentro del lapso ordenado, de lo cual se concluye que por no haberse cumplido con este requisito está inverso (sic) dentro de los que exigen las normas sustanciales como necesarios para que válidamente se considere interrumpida la prescripción, lo que correspondía al Tribunal era declarar prescrita la acción. Como tal cosa no se hizo, pues el *ad quem* supuso que la notificación se había efectuado en tiempo oportuno, yerro al que llegó por haber apreciado erróneamente las constancias procesales relativas a la actuación del demandante, en las cuales vio, sin estarlo, la prueba de la oportuna notificación, incurrió en error de hecho manifiesto y trascendente, y por lo tanto censurante (sic) en casación”.

SE CONSIDERA

1. *Antes de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Civil, presentábase con frecuencia discusión entre la doctrina y los tratadistas sobre el momento en que se operaba el fenómeno de la interrupción civil de la prescripción, como quiera que al paso que algunos sostenían que tenía ocurrencia con la sola presentación de la demanda, otros se inclinaban por sostener que sólo se daba con la notificación al demandado del auto admisorio del libelo, criterio éste patrocinado por la Corte en numerosos fallos, en los que resumiadamente se dijo que “...la interrupción civil de la prescripción tanto adquisitiva como extintiva, a consecuencia de la interposición de la demanda... no se consuma con la sola presentación de la demanda, sino en el momento en que ésta es notificada al demandado, salvo que el retardo en notificar éste no se deba a culpa del demandante por no haber realizado la actividad necesaria para que dicha notificación se efectuara, sino al demandado, por haber eludido ésta o al personal del juzgado encargado de hacerla, casos estos en los cuales se entiende consumada con la presentación de la demanda”* (G. J. Nos. 2032, Págs. 634 y 658; 2050, Pág. 660; 2154, Págs. 132, 231; 2319 y 2320, Pág. 120, entre otras).

Para eliminar esta controversia y hacerle producir efectos jurídico-materiales a la presentación de la demanda, el nuevo Código de Enjuiciamiento Civil derogó el controvertido artículo 2524 del Código Civil y el 29 de la Ley 95 de 1890, y estableció en el artículo 90 que “admitida la demanda, se considerará interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada, siempre que el demandante, dentro de los cinco días siguientes a su admisión, provea lo necesario para notificar al de-

mandado y que si la notificación no se hiciera en el término de diez días, efectúe las diligencias para que se cumpla con un curador ad litem en los dos meses siguientes. En caso contrario, sólo se considerará interrumpida con la notificación del auto admisorio al demandado o a su curador ad litem”.

Se establecen entonces, tres plazos sucesivos e ininterrumpidos, que corren desde el día siguiente al del vencimiento del anterior, para que la interrupción de la prescripción, adquisitiva o extintiva, opere desde la presentación de la demanda, que son: el de cinco días, que arranca siempre desde el día siguiente al de la admisión de la demanda, para que el demandante provea lo necesario para notificar el auto admisorio al demandado; el de diez días para la notificación personal del auto admisorio al demandado; y, el de dos meses, para que si dentro del plazo anterior no se pudo notificar personalmente al demandado, el demandante “efectúe las diligencias para que se cumpla con un curador ad litem...”. De tal suerte, el plazo de los dos meses comienza invariablemente desde el día siguiente al del vencimiento de los diez días que tiene el juzgado para notificar personalmente al demandado, sin perjuicio de la presteza que haya empleado el demandante para obtener más prontamente el emplazamiento de aquél.

Así las cosas, puede afirmarse que el Tribunal no cometió error de hecho al prohijar como suyo el cómputo de los plazos que hizo el juez *a quo*, para dar por interrumpida la prescripción extintiva de la acción pauliana desde la presentación de la demanda, con fundamento en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto habiéndose admitido la demanda el 7 de mayo de 1984, los primeros cinco se extendieron hasta el 12 de mayo y, los diez días siguientes concluyeron el 24. A partir del 25 de dicho mes comenzó a contarse el plazo de dos meses que concluyó el 25 de julio de ese mismo año.

Por lo tanto, la notificación efectuada al curador *ad litem* de la recurrente se llevó a cabo dentro de este último plazo, con virtualidad suficiente para interrumpir la prescripción de la acción pauliana desde el 4 de mayo de 1984, es decir, desde la fecha de la presentación de la demanda, prescripción que ciertamente estaba muy próxima a consumarse, como quiera que los contratos materia del pleito se celebraron el 9 y 25 de mayo de 1983.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo segundo.

Se acusa la sentencia de infringir también por la vía indirecta, los mismos artículos citados en el cargo anterior y por los mismos conceptos, como consecuencia de los errores de hecho, manifiestos y trascendentes, en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las referidas constancias procesales sobre notificación del auto admisorio al demandado y del contrato de compraventa de la maquinaria y demás accesorios para la reparación general de rines, pues no vio que allí constaba que el vendedor se había reservado el derecho de dominio sobre las cosas vendidas

y que los compradores, y por lo tanto deudores, eran dos y no uno, y del error de derecho en que habría incurrido al asignarle mérito probatorio a la certificación expedida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, como secuela de la falta de aplicación de los artículos 115, 116, 174 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

Desarrolla el primer aspecto de la censura puntualizando que conforme a la cláusula quinta del contrato de compraventa celebrado entre el demandante, el demandado y María del Carmen Ortega de Díaz, el primero se reservó el dominio de la maquinaria vendida, durante el plazo estipulado para el pago del precio y hasta la cancelación total de la deuda, con lo cual el demandante además de la garantía personal ofrecida por los compradores, contó con una adicional como lo era la misma mercancía vendida, respecto de la cual no se podía ejercer actos de disposición sino de mera tenencia, según las normas reguladoras de la institución en el Código de Comercio, y era por lo tanto injurídico predicar insolvencia dolosa del demandado. Sin embargo, continúa la recurrente "el Tribunal, acucioso en la interpretación del artículo del código que consagra la acción pauliana, no reparó en el verdadero contenido de la estipulación contractual antes transcrita, la cercenó en su verdadero alcance y con tal pretermisión vio una insolvencia inexistente. Hubo por lo aquí demostrado, un evidente y grave error de hecho que le permitió al *ad quem* dar por demostrado un elemento de la acción que jamás probó el demandante; más aún, que exitosamente contraprobaron los demandados".

En ese orden de ideas, concluye que el requisito *eventus damni* no se configuró en el proceso, por cuanto el demandado mantenía bajo su tenencia y como prenda suficiente de la obligación que se pretende burlada, la maquinaria y los accesorios sobre la que el demandante se había reservado el dominio.

El segundo aspecto lo desenvuelve expresando que es un hecho inquestionable en el proceso, que el comprador de la maquinaria y los accesorios no fue solamente el demandado Luis Carlos Díaz Ortega sino también María del Carmen Ortega de Díaz, y era por lo tanto evidente que la insolvencia, para que pudiera ser válida, debía predicarse igualmente de ésta. Termina la censura afirmando que "el Tribunal guardó absoluto silencio sobre esta circunstancia. En el aparte pertinente de su análisis nada dijo. En consecuencia, es válido afirmar que no vio la prueba de que existía otro deudor y por lo tanto al ignorar esta circunstancia no reparó en la necesidad que existía para el demandante de demostrar la insolvencia, o al menos la necesidad del demandante que frente a ese deudor se habían intentado vanamente todas las acciones tendientes a recuperar el crédito".

Y en cuanto al error de derecho que se le enrostra al Tribunal por haberle asignado mérito probatorio a la certificación expedida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, visible a los folios 3 y 99 del cuaderno número 2, para comprobar la existencia del crédito y la calidad de acreedor en el demandante, lo desarrolla la recurrente afirmando que "...ello no podía ser así por cuanto de conformidad con el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil, los jueces sólo pueden expedir certificaciones sobre la existencia de procesos, sobre la ejecutoria

de resoluciones judiciales y sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones *de que no haya quedado constancia escrita*. Además porque si se tratara de probar la existencia del crédito, lo que ha debido aportarse era la copia debidamente autenticada de título ejecutivo, todo lo cual como lo dispone el artículo 115 *ibidem*'' (subrayas del texto).

SE CONSIDERA

1. Ha dicho reiteradamente esta Corporación que "como quiera que las sentencias recurridas extraordinariamente suben a la Corte protegidas con presunción de acierto, tanto en cuanto a la aplicación del derecho como a la apreciación y valoración del haz probatorio, el recurrente en casación tiene el deber de atacar con su demanda todas y cada una de las conclusiones del fallo que pugnen con el derecho que reclama, ya que la Corte sólo tiene competencia para entrar a analizar los precisos temas que le demarque la demanda de casación. Todos los asuntos de la sentencia recurrida que no sean enjuiciados por el censor, quedan por tanto fuera del campo de actividad de la Corte, se hacen intangibles para ésta y la obligan, desde luego, que seguirían protegidos con la presunción de legalidad.

"Las anteriores razones explican por qué el recurrente cuando el fallo del Tribunal tiene varios soportes autónomos, tiene que combatirlos todos para alcanzar su anonadamiento; si dirige su impugnación únicamente contra varios, dejando por fuera uno solo, este cimiento, aun en el caso de prosperidad de los demás ataques, por seguir incólume continuaría siendo soporte firme de la sentencia'' (Cas. de septiembre de 1986. Proceso ordinario de Fabio Gallego contra Compañía de Cementos Argos S. A.).

2. Dilucidado en el despacho del cargo anterior lo atinente al error de hecho en que hubiere incurrido el Tribunal al apreciar las constancias procesales, sentadas a propósito de las diligencias efectuadas por el demandante para interrumpir la prescripción extintiva de la acción pauliana, la Corte limita el estudio del presente a los errores de hecho y de derecho que se le atribuyan en el manejo de la prueba relativa al contrato de compraventa de la maquinaria destinada a la reparación de rines y en la valoración de la certificación expedida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, respectivamente.

Empero, el cargo adolece del defecto de técnica que se dejó reseñado, pues el Tribunal *ad quem* para establecer la preexistencia del crédito y la insolvencia del demandado, se apoyó además de las pruebas señaladas por la censura, en otras cuya apreciación y valoración no abordó la recurrente.

En efecto, como se dejó transcrito en su oportunidad, la preexistencia del crédito se dedujo fundamentalmente de las copias tomadas de los procesos de ejecución promovidos por el demandante contra los deudores Luis Carlos Díaz Ortega y María del Carmen Ortega de Díaz, a las que le sirvió de complemento la aludida certificación. De tal suerte, dicho documento no constituyó elemento de juicio exclusivo para dar por acreditado el primer requisito de la acción pauliana, sino de complemento y

no. precisamente para tal efecto, sino para ameritar que los créditos cobrados ejecutivamente aún estaban insolutos.

Fuera de lo anterior, tampoco se aprecia que en la valoración de aquella certificación se hubiera incurrido en el error de derecho que denuncia la censura, pues en su expedición e incorporación se cumplieron las formalidades prescritas por los artículos 183, 116 y 253 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto fue solicitada e incorporada oportunamente, expedida por el juzgado que conoce de los procesos de ejecución y aportada en original a este expediente.

Y en cuanto se refiere al requisito del *eventus damni* o perjuicio para el acreedor por la insolvencia del deudor, el Tribunal lo dio por establecido con las pruebas que obraban en los autos, por lo que era indispensable que la recurrente no sólo criticara la ausencia de apreciación del precitado contrato de compraventa, en lo relativo a la existencia del pacto de reserva de dominio y al hecho de que los compradores eran dos y no uno, sino también las demás que le sirvieron de fundamento para dar por acreditado el expresado requisito, especialmente las referidas a las escrituras por medio de las cuales el demandado dispuso de sus bienes en favor de Myriam Inés Díaz de Salazar.

3. Así las cosas, si la decisión del *ad quem* se apoyó, de manera principal, en pruebas que no fueron combatidas por la recurrente, que por lo tanto siguen sirviéndole de soporte, resulta forzoso concluir que este cargo tampoco prospera.

Cargo cuarto.

Se afirma que el sentenciador de segundo grado violó indirectamente las normas sustanciales citadas en los dos cargos anteriores y por los mismos conceptos, como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió al apreciar las constancias procesales sobre notificación del auto admisorio a la recurrente, el contrato de compraventa relativo a la maquinaria para la reparación general de rines y la certificación existente en el proceso, sobre los créditos cobrados por el demandante.

Desenvuelve la crítica remitiéndose a lo expuesto en los dos primeros cargos, y en cuanto al error fáctico cometido en el examen de la certificación expresa que "...en ella se indica que el crédito cobrado asciende a la suma de doscientos mil pesos, siendo la realidad que los créditos que se indicaron en la demanda como fraudulentamente evadidos ascienden a la suma de \$ 240.000.00 y \$ 2.000.000.00".

En consecuencia afirma que "...siendo diferentes los créditos que fundamentaron la acción y los que tuvo el Tribunal en cuenta para declararla próspera, es evidente que tal diferencia constituye un manifiesto error en el cual incurrió el Tribunal".

SE CONSIDERA

1. Ha sido doctrina constante de la Corte que en casación los cargos deben formularse en forma concreta y completa, para que en principio,

dispongan de virtualidad suficiente para quebrar la sentencia recurrida, pues le está vedado, dado el carácter eminentemente dispositivo del recurso, integrar un cargo con otro u otros para recrear así una acusación planteada sin acierto.

En punto de independencia de los cargos en casación, dijo: "Es la autonomía de los cargos y su individualidad propia lo que obliga a considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros sin que por tanto le sea dado a la Corte estudiarlos sucesivamente al efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta esta que de otra parte contraría el procedimiento establecido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentra próspero sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, y si hubieren propuesto otros respecto de los demás" (casación de 29 de octubre de 1973 en el proceso de William de Jesús Castrillón contra herederos de Luis María Gómez M.).

2. El yerro fáctico, en cualquiera de sus modalidades, para que estructure el recurso de casación y pueda por tanto permitir el quiebre o aniquilamiento de la sentencia recurrida, tiene que ser manifiesto y, además, trascendente.

Tradicional y concordemente la doctrina y la jurisprudencia han enseñado que "el error de hecho en la apreciación de las pruebas que conduce a la violación de la ley sustancial y que permite la casación de un fallo, tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud que resulte contrario a la evidencia del proceso" (*G. J.*, Tomo LXXXVIII, Pág. 972).

3. Fácilmente se advierte que la formulación de este cargo contra-viene el principio que pregona la independencia de las acusaciones, pues para completarlo, la recurrente simplemente "reiteró las tesis expuestas en los cargos anteriores y dio por reproducidas" las consideraciones relativas a los errores de hecho en que incurrió el Tribunal en las apreciaciones de las constancias procesales sobre notificación al curador *ad litem* del auto admisorio de la demanda y en el examen del contrato de compraventa de la maquinaria y demás accesorios para la reparación de rines y llantas, que habían sido objeto de crítica, por separado en los cargos primero y segundo, defecto que lo hace inidóneo para procurar aun su estudio.

4. Pero aun prescindiendo de esta falla técnica, la comisión del yerro fáctico que se le imputa al Tribunal en la apreciación de la certificación es absolutamente infundada, por cuanto no existe error en el examen de dicha probanza y si existiera, no sería manifiesto.

En efecto, se dijo al tratar del primer requisito exigido para el buen suceso de la acción pauliana que el *ad quem* lo encontró acreditado con las copias auténticas tomadas de los procesos de ejecución adelantados

por el demandante contra el demandado y María del Carmen Ortega de Díaz "para obtener el pago primero de los \$ 240.000.00 de intereses vencidos y luego el pago de los \$ 2.000.000.00 consignados en la letra de cambio a que dicho título valor alude..." con lo que despejó cualquier incertidumbre acerca del monto de la deuda cobrada por el demandante.

Y si bien la certificación expedida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, que obra a folio 3 del cuaderno número 2, aparece confusa en cuanto a la cuantía de la suma de dinero consignada en la letra de cambio, en la que corre visible al folio 99 del mismo cuaderno, se corrige la equivocación cometida en la primera, con lo que desaparece la duda en el punto. Además, debe memorarse que tales certificaciones no le sirvieron al Tribunal de fundamento para demostrar la preexistencia de la acreencia, sino de complemento para acreditar que "...no ha sido solucionada".

Por lo tanto el cargo no prospera.

Cargo tercero.

Se le endilga a la sentencia impugnada violación indirecta de los artículos 2491 numeral 3º, 2538, 2539 y 1625 numeral 10 del Código Civil por falta de aplicación, y del artículo 2491 numeral 1º del mismo Código por aplicación indebida, proveniente del error de derecho consistente en haberle dado valor probatorio a las constancias procesales sobre notificación oportuna a la recurrente del auto admisorio para dar por interrumpida la prescripción extintiva de la acción pauliana, desde la presentación de la demanda, violando con ello también los artículos 90, 118, 121 y 122 del Código de Procedimiento Civil.

Concreta el yerro de derecho en las siguientes consideraciones:

"a) El Tribunal en la providencia ahora impugnada nada dijo respecto al fenómeno de la prescripción de la acción impetrada en este proceso. Simplemente remitió a las consideraciones hechas por el *a quo*;

"b) De su lado, el Juez sobre el punto concluyó en que hecho el cómputo de los términos a partir del 7 de mayo de 1984, fecha de admisión de la demanda, la acción estaría prescrita el 25 de julio; y como la notificación lo fue el 24, la excepción no puede prosperar, porque se hizo dentro de los dos meses previstos por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil;

"c) Es claro que la correcta interpretación de la norma citada indica que los términos de cinco días para pagar la notificación y de diez para intentarla, no alteran los dos meses que otorga la ley para emplazar y notificar al curador, todavía más si el demandante no espera el vencimiento de aquéllos;

"d) En consecuencia, el plazo de dos meses se refiere exclusivamente a las diligencias que se deben adelantar para emplazar y notificar al curador;

"e) Aún contados los dos meses desde la fijación del edicto, que es la última actuación que en la finalidad antes dicha debe surtir, es claro

que para el 25 de julio, fecha de notificación del curador, habían transcurrido más de dos meses contados desde el 16 de mayo, que fue la fecha de la fijación;

“f) Cuando se analizan los efectos de la presentación de la demanda frente a la prescripción del derecho pretendido, las actuaciones procesales constituyen hechos relativos a dicho fenómeno y las constancias que de ella queden en el expediente hacen prueba de los mismos. Por ello, es válido cuando el juzgado incurre en errores al respecto, censurarlos en casación. Pues bien: confrontadas las anteriores conclusiones en relación con el error de derecho que ahora se analiza, se tiene que las pruebas existentes en el expediente, relativas a la interrupción de la prescripción, se les dio un valor que no les correspondía, pues a pesar de que las constancias demuestran que la notificación se efectuó por fuera del término, el Tribunal concluyó en lo contrario, con lo cual desechó la excepción de prescripción propuesta”.

Remata la censura afirmando que “es obvio que a este error llegó el *ad quem* incurriendo en violaciones por medio del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que regula cuándo se entiende válidamente interrumpida la prescripción y de los artículos 118, 120, 121 y 122 *ibidem*, que determinan la perentoriedad de los términos y oportunidades procesales, la manera como se cuentan los términos, los términos de días, meses y años y la renuncia a los términos”.

SE CONSIDERA

1. En el error de derecho lo ha dicho insistentemente esta Corporación, puede incurrir el fallador “...cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por ley una prueba específica para probar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere” (*G. J.*, Tomo CXLVII, Pág. 61). Es decir, cuando el Juez partiendo de la existencia de la prueba en el proceso, interpreta erradamente las normas que regulan su producción, su conducencia o su eficacia.

2. Sustituido el sistema de la tarifa legal por el de la persuasión racional de la prueba, quedó a la discreta autonomía del fallador otorgarle a las precitadas constancias procesales el mérito demostrativo que le correspondiera, conforme a las reglas de la sana crítica, pues, para el caso concreto que ahora ocupa la atención de la Corte, el actual Código de Procedimiento Civil no contempla normas que determinen las reglas que deben observarse en la producción de tales constancias, ni preceptos que en forma limitada señalen otros medios probatorios para demostrar la interrupción de la prescripción desde la presentación de la demanda, o ineficaces para comprobar tal hecho.

De tal suerte que, conforme al imperante principio de la persuasión razonada de la prueba, el Tribunal gozaba de autonomía para concederle o negarle el mérito probatorio a dichas constancias, sin que por ello incurriera en el error de derecho que se le atribuye, máximo si se tiene en cuenta que los artículos de carácter procesal citados como infringidos, no conciernen a la aducción de dicha prueba ni a su valor persuasivo, sino a los términos, su clase y modo de computarlos.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 10 de octubre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de Carlos Isauro Barrios Valencia contra Luis Carlos Díaz Ortega y Myriam Inés Díaz de Salazar.

Condénase a la recurrente al pago de las costas ocasionadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

En obligaciones y negocios mercantiles:

Cuando se ataca la sentencia por la causal primera de casación, se requiere citar como violado el artículo 822 del Código de Comercio, que enlaza la legislación civil con la comercial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 3 de octubre de 1986.

Decídese el recurso de casación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de febrero de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario de Luis Eduardo Escobar Martínez contra la sociedad Coordinadora de Buses Urbanos de Manizales "Socobuses".

EL LITIGIO

Por los trámites de un proceso ordinario Luis Eduardo Escobar Martínez demandó a la Sociedad Coordinadora de Buses Urbanos de Manizales, Socobuses, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"A. Declarar que la Empresa denominada 'Sociedad Coordinadora de Buses Urbanos de Manizales S. A. (Socobuses)', es civilmente responsable ante el señor Luis Eduardo Escobar Martínez por la renuncia o terminación unilateral del contrato de mandato celebrado por ambos y cuyo objeto consistía en la administración del bus de placas WA-0925 que fuera identificado en el hecho 4º de este libelo; renuncia que hizo la Empresa demandada sin justa causa.

"B. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la 'Sociedad Coordinadora de Buses Urbanos de Manizales S. A. (Socobuses)' a pagarle al señor Luis Eduardo Escobar Martínez, los perjuicios sufridos

con ocasión de la renuncia abusiva del contrato, de conformidad con el siguiente detalle, o con el que en subsidio resulte demostrado en el proceso:

“1. La suma de dos millones quinientos mil pesos (\$ 2.500.000.00) moneda corriente, por concepto de daño emergente, teniendo en cuenta la duración del contrato que es de dos años, el subsidio de transporte y las utilidades netas dejadas de percibir por el propietario durante dicho lapso.

“2. La suma de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) moneda corriente, valor de los intereses legales que se calculan por concepto de lucro cesante.

“C. Que se condene igualmente a la Empresa demandada a pagar en favor del señor Luis Eduardo Escobar Martínez, la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) moneda corriente, por concepto de pena fijada por el incumplimiento del contrato.

“D. Condénese en costas a la sociedad demandada”.

Los hechos, fundamento de la causa *petendi*, se pueden compendiar así:

Que Socobuses es una sociedad comercial dedicada al transporte de pasajeros en la ciudad de Manizales, debidamente inscrita, y el demandante propietario del vehículo automotor, clase bus, modelo 1976, con placas WA-0925, dedicado al transporte de pasajeros, que adquirió a título de dación en pago.

Que el citado vehículo le fue entregado al demandante el día 22 de marzo de 1983 y para esa fecha se encontraba afiliado a Socobuses.

Que mediante contrato elevado en documento privado de fecha 25 de marzo de 1983, se le confió a la sociedad demandada la administración del mencionado bus, que se puso en ejecución inmediatamente.

Que inicialmente “el bus empezó a ser manejado en desarrollo del contrato, por el señor Ancízar Jurado, con quien mi poderdante tuvo serias desavenencias por dos choques que sufrió el bus en el curso de una semana y el valor de una tanquiada de gasolina que parece ser fue exagerada”, hechos que se pusieron en conocimiento del Gerente de Socobuses “quien exigió pruebas y accedió a que el bus lo continuara manejando provisionalmente el señor Efraín Antonio Peña López, quien lo condujo a partir del 13 de abril del corriente año hasta el día 27 del mismo mes y año, inclusive”.

Que el día 28 de abril de 1983 el Gerente de Socobuses, “dio la orden de no despachar el bus, a no ser que fuera conducido por el señor Ancízar Jurado y por tal motivo el vehículo ha estado parado a partir de la mencionada fecha hasta la presente”.

Que por comunicación de fecha 29 de abril de 1983 el demandante se quejó ante el Intra, Seccional de Caldas, solicitando investigación, entidad que convocó a una reunión a las partes para conciliar las diferencias.

Que en comunicación de 9 de mayo de 1983, el Gerente de Socobuses, “le dio por terminado el contrato de administración del precitado vehículo, a mi poderdante, por no acatar lo dispuesto en la cláusula séptima del contrato en mención”.

Que el demandante, en nota de 17 de mayo de 1983, dirigida a los miembros de la Junta Directiva de Socobuses, solicitó que se reconsiderara la sanción y se le diera una solución al problema, la que fue respondida con respaldo a la decisión del Gerente y con la información de que se adelantaban las gestiones para la desvinculación del vehículo de la Empresa ante el Intra, solicitud que se retiraría si el demandante se acogía al reglamento de la empresa, "vale decir, si acepta al señor Ancízar Jurado como conductor del vehículo".

Que el demandante en ningún momento ha incumplido sus obligaciones contractuales ni negado a cumplir el reglamento de la empresa "solamente solicitó el cambio de conductor por las razones expuestas con anterioridad, a fin de que fuera reemplazado por el que a bien tuviera la empresa".

Que "el contrato de mandato a que se contrae este libelo, es de carácter comercial, por tratarse de asuntos relacionados con el transporte de pasajeros", y "en interés del propietario y de la empresa".

Que "el contrato fue renunciado sin justa causa por la entidad mandataria y por consiguiente, se le deben indemnizar los perjuicios que con tal hecho se le causen al mandante, en este caso al señor Luis Eduardo Escobar Martínez".

Que el término de duración pactada, fue de dos años, contados a partir del 25 de marzo de 1983 y que además se estipuló como pena, en caso de incumplimiento del contrato, la suma de \$ 50.000.00, sin que ello implicara renuncia al cobro de los perjuicios.

Que la indemnización comprende la suma de \$ 2.500.000.00, como daño emergente y \$ 300.000.00 como lucro cesante.

Que la renuncia fue dolosa "tal como se demostrará en el curso del proceso".

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, admitió la demanda, ordenó su notificación y dispuso el traslado de rigor. Y la sociedad Socobuses, por intermedio del procurador judicial, le dio contestación, con aceptación de unos hechos, pero con rechazo de todos aquéllos que pretenden establecer responsabilidad contractual a su cargo, y con oposición a las pretensiones resarcitorias del demandante.

La empresa demandada propuso la excepción de contrato no cumplido.

Cumplido el trámite de primera instancia, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, mediante sentencia de 16 de julio de 1985, condenó a la sociedad demandada a pagar en favor del demandante la suma de \$ 50.000.00, "correspondiente a la sanción penal", negó las restantes declaraciones y condenas impetradas, y condenó a Socobuses "a pagar en favor del actor el 1.75% de las costas causadas en el presente proceso".

Inconforme con el fallo, la parte demandante interpuso recurso de apelación, al que se adhirió la empresa demandada cuando el proceso se encontraba en el Tribunal.

Atendida la alzada, con rigor procesal, el Tribunal Superior de Manizales, por sentencia de 14 de febrero de 1986, revocó en todas sus partes el

fallo recurrido, negó las declaraciones y condenas instadas, absolvió a la sociedad demandada de todos y cada uno de los cargos de la demanda e impuso la condena en costas a la parte demandante, en ambas instancias.

La parte demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, del que se ocupa ahora la Corte.

MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Comienza el Tribunal presentando los antecedentes del proceso, la actuación de primera instancia, y en las consideraciones preliminares hace referencia a la pretensión indemnizatoria del actor, con la reseña de las pruebas aportadas.

Reafirma el sentenciador *ad quem* que entre las partes intervinientes se “celebró, con fecha 25 de marzo de 1983, un contrato de administración de un vehículo automotor” sujeto a las siguientes cláusulas: “El señor Luis Eduardo Escobar Martínez confía a la empresa ‘Socobuses S. A.’ la administración del vehículo marca ‘Dodge’, modelo 1976, placas WA-0925, capacidad 36 pasajeros, color: divisa característica de ‘Socobuses’, motor número T.625303C82, destinado al transporte de pasajeros, adquiriendo la sociedad en virtud de dicha relación jurídica las siguientes obligaciones: La empresa acepta la afiliación del vehículo antes descrito, previo examen de sus condiciones mecánicas, de conservación y funcionamiento (cláusula 3ª); la empresa asume el control del vehículo (cláusula 4ª); la empresa, previa autorización de la Junta Directiva, queda facultada, sin condición alguna, para parar el vehículo cuando éste no cumpla con las condiciones óptimas de funcionamiento y de presentación, hasta cuando el propietario lo repare a satisfacción de la empresa (cláusula 5ª); la empresa nombrará libremente al conductor del vehículo y celebrará directamente con él el contrato de trabajo correspondiente (cláusula 7ª)”.

A su vez dice que “entre las causales de terminación del contrato de administración del vehículo se pactaron por las partes las siguientes: El mutuo acuerdo de las partes; la insolvencia o quiebra ya sea del propietario, ya sea de la empresa; la disolución y liquidación de la empresa; el incumplimiento por parte del propietario de cualquiera de las obligaciones que para él genera este contrato; la enajenación, a cualquier título del vehículo; la expiración del término de duración de este contrato y las demás causas previstas en la ley y en los estatutos de la sociedad”.

Comenta el Tribunal a continuación el hecho de la demanda en el que se consigna que el día 28 de abril de 1983 el señor gerente de la empresa “dio orden de no despachar el bus, a no ser que fuera conducido por el señor Ancízar Jurado y por tal motivo el vehículo ha estado parado a partir de la mencionada fecha hasta la presente” y se refiere al documento privado de 29 de abril suscrito por el demandante y dirigido al Director del Intra en el que dice que por haberse accidentado en dos ocasiones el conductor Ancízar Jurado y haber pasado un vale por \$ 1.700.00 por concepto de gasolina a pesar de estar inactivo el vehículo “fue motivo para que el suscrito procediera a reemplazar dicho conductor por el señor Efraín Peña, quien lleva quince días trabajando el carro”. Transcribe, en seguida, todo el texto de la citada misiva.

En el análisis del preferenciado documento anota el tribunal que “fue presentado con la demanda por el señor Luis Eduardo Escobar Martínez y contiene confesión del mismo en el sentido de que por diferencias con el conductor Ancízar Jurado y motu proprio (sic) procedió a reemplazarlo, entregando el vehículo al señor Efraín Peña para que lo condujera (Art. 194 C. P. C.)”.

También se refiere a un pasaje del alegato de instancia del procurador judicial del demandante en el que sostiene que en ningún momento el propietario del vehículo pretendió limitar la facultad de libre nombramiento del conductor que tenía la entidad demandada, que sólo pidió una investigación sobre las anomalías presentadas, sin lograr respuesta positiva “así las cosas, lo único que le quedaba por hacer al señor Luis Eduardo Escobar era mostrar su desacuerdo con esa conducta, en orden a no ver perecer su medio de subsistencia, no pretendía imponer otro chofer particular; sabía que la empresa tenía atribuciones para nombrar cualquier otro, conforme lo había hecho en otros casos, pues esa era la lógica costumbre en “Socobuses”.

Transcribe un aparte de la cláusula séptima del contrato que dice: “La empresa nombrará libremente al conductor del vehículo y celebrará directamente con él el contrato de trabajo correspondiente”, y que le sirve al Tribunal para aseverar que “en acatamiento de la cláusula contractual transcrita y de lo preceptuado por el artículo 47 del Decreto 1393 de 1970 (agosto 5), la empresa designó como conductor del bus 95, de placas WA-0925 al señor Ancízar Jurado”. Y que frente a las dificultades surgidas la empresa permitió que mientras se adelantara la investigación ante los cargos formulados por el propietario “operara el bus el señor Efraín Antonio Peña López, lo que sucedió desde el 13 de abril hasta el 27 del mismo mes del año 1983. Así aceptan las partes en los escritos de demanda y respuesta respectivamente”.

Para el tribunal “resulta evidente que si las acusaciones formuladas por el actor contra el conductor no resultaron a la postre acreditadas, como es el caso del vale de consumo de gasolina por valor de \$ 1.760.00, la empresa no estaba obligada a designar un nuevo conductor al vehículo automotor del demandante (Fls. 87, 88 Cdo. 4)”.

También parece claro para el juzgador *ad quem* que el propietario demandante procedió a entregar el vehículo al conductor Efraín Peña sin autorización de la empresa “lo que motivó la orden dada por el gerente de Socobuses al despachador en el sentido de que el bus de placas WA-0925 sólo podía ser conducido por la persona que había sido designada para hacerlo cual era el señor Ancízar Jurado (ver documentos folio 11, Cdo. Ppal., documento folio 23 Cdo. Ppal.)”.

De esto concluye el tribunal en el sentido que no encontró cierta la afirmación de la parte actora de que la empresa violó el contrato de administración, “ya que la orden impartida por la Gerencia fue la de que el vehículo sólo podía ser despachado cuando fuera conducido por el chofer asignado al mismo por la gerencia de la empresa y no por el conductor designado por el propietario”. Lo que “significa lo anterior que si el bus de placas WA-0925 no prestó el servicio al cual estaba destinado, ello se debió a culpa del dueño del mismo quien sin autorización de la empresa

entregó el vehículo al señor Efraín Peña y, al exigir la gerencia de Socobuses que el vehículo fuera conducido por el chofer que se le había de signado, prefirió dejarlo estacionado”.

Entonces se compromete el Tribunal en sopesar el testimonio de Efraín Antonio Peña López y el interrogatorio de parte rendido por el demandante Luis Eduardo Escobar Martínez.

También para el *ad quem* es claro que en ningún momento la empresa demandada “dio la orden en el sentido de que el bus 095 de placas WA-0925 no fuera despachado; la orden dada simplemente hacia referencia a que dicho vehículo, cuando fuera despachado, debía ser conducido por el chofer que se le había designado y que no era otro que Ancízar Jurado”.

Luego de citar el artículo 1602 del Código Civil afirma el Tribunal:

“El contrato de administración del vehículo acordado entre las partes impone a cada una de ellas obligaciones que deben cumplirse estrictamente en la forma como fueron pactadas. Si la cláusula séptima del contrato confiere a la empresa el derecho de nombrar libremente al conductor del vehículo y celebrar directamente con él el contrato de trabajo correspondiente, al proceder el actor a designar como conductor de su vehículo al señor Efraín Antonio Peña López sin consentimiento o autorización de la empresa a la cual le había confiado la administración del mismo como lo confiesa en los diferentes documentos antes mencionados violó el contrato. Aún más. Al impedir que el automotor dado en administración a la empresa Socobuses fuera conducido por el conductor que se le había asignado, lo cual sucedió al negarse a entregar las llaves del mismo, violó la cláusula séptima (7ª) del contrato al impedir que el vehículo prestara el servicio en las rutas y los horarios señalados por la empresa.

“La circunstancia de que el conductor Ancízar Jurado hubiese sufrido dos accidentes de tránsito sin mayores consecuencias cuando conducía el automotor de propiedad del demandante, no autorizaba a éste para designar un nuevo conductor al automotor sin autorización de la empresa transportadora y mucho menos para impedir que el vehículo prestara el servicio al negarse a entregar las llaves del mismo”.

Encuentra el Tribunal que la decisión de dar por terminado el contrato de administración se sujetó al convenido, especialmente en cumplimiento de las cláusulas 7 y 12 del contrato “y tal proceder no puede, bajo ningún aspecto tomarse como el incumplimiento del mismo”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, con apoyo en la causal primera de casación “por error de hecho en la apreciación de la prueba por aplicación indebida parcial del artículo 1602 del Código Civil, y por haberse dejado de aplicar los artículos 1494, 1495, 1496, 1498, 1603, 1608, 2142, 2155, 2193 del Código Civil; 871 del Código de Comercio, básicamente y además, 1610, 1613, 1614, 1616, 1618 del Código Civil y el artículo 870 del Código de Comercio”.

Argumenta la censura, luego de citar unos fragmentos de la sentencia, que "por parte alguna el documento en referencia reza que el contrato que se hizo de Ancízar Jurado por Efraín Peña se verificó sin el consentimiento de la empresa por lo cual se incurrió en un error de hecho en su apreciación".

Insiste en que la autorización sí se confirió, para lo cual transcribe, en seguida, el oficio de 13 de abril de 1982 dirigido por el jefe de personal al despachador de buses de la empresa que comunica que el señor Efraín Peña había sido autorizado por la Gerencia y el propietario "para como reemplazo provisional" el vehículo número 95, durante los días 13 al 30 de abril.

Advierte que el representante legal de la empresa demandada, al responder el interrogatorio acepta que le concedió permiso provisional para que le manejara el vehículo el señor Efraín Peña. Todo esto le sirve al recurrente para afirmar:

"Resulta entonces contrario a la realidad que la entrega que se hizo del vehículo a Efraín Peña se verificó sin autorización de la empresa como se sigue reafirmando en otros apartes de la sentencia.

"Y, además, quedó plenamente comprobado el incumplimiento de 'Socobuses' con determinación de despachar el bus WA-0925, interno 95, día 28 de abril de 1983 cuando se había comprometido hasta el día 30 de abril siguiente".

Como segundo error aduce que el Tribunal al sostener que el propietario impidió que el automotor dado en administración a la empresa fuera conducido por el escogido por ésta, lo cual sucedió al negarse a entregar las llaves del mismo, y que lo extrajo de las respuestas dadas por el propio demandante y al testimonio de Efraín Antonio Peña López "pero resulta que de su lectura cuidadosa por parte alguna aparece el dicho que venga a dejar demostrado la conclusión que se toma".

Dice el sensor que el Tribunal incurrió en error al no haber tenido en cuenta el documento en el que se autorizaba a Efraín Peña hasta el día 30 de abril de 1983 "habiéndose roto este compromiso entre empresa y propietario el día 28 de marzo (sic) por decisión arbitraria de Socobuses". Tampoco reparó, el Tribunal, según sostiene el impugnador, el oficio de 9 de mayo de 1983, dirigido por el gerente de Socobuses, al demandante, que transcribe en su totalidad, en el que se da por terminado el contrato de administración del vehículo de placas WA-0925 "teniendo en cuenta lo previsto en la cláusula doce literal D) del mismo contrato y por cuanto usted no ha acatado lo dispuesto en la cláusula séptima del contrato mencionado que autoriza a la empresa para nombrar libremente al conductor del vehículo y celebrar directamente el contrato correspondiente". Para el recurrente este documento "crea la convicción inequívoca que desde el 28 de marzo de 1983 'Socobuses' dio por terminado el contrato; pues rompió intempestivamente el acuerdo que tenía plena vigencia hasta el 30 de abril de 1983".

Para el casacionista también incurrió el Tribunal "en error manifiesto al entender que la cláusula 7ª del contrato de administración que da libertad

en el nombramiento de los conductores de vehículos de la empresa puede entenderse su ámbito a la conservación de aquéllos cuando se presentan circunstancias anormales en su ejecución, cabe distinguir dos pasos diferentes, que no entendió la sentencia”.

Y remata el recurrente:

“Si el fallador de Manizales hubiese visto e informado lo expresado por el conjunto de testigos integrado por José Donoís Santa Arenas (Fl. 13, cuaderno 4), Horacio Ramírez Gallo (folio 17, cuaderno 4), Alberto Arizabal Franco (folios 19 Vto. y 20, cuaderno 4), Uriel Escobar Rojas (folios 20 Vto., 21, 22 y 23, cuaderno 4), José Saúl Parra López (Fls. 25 y 26, cuaderno 4), José Heriberto Valencia Dávila (folios 26 Vto. y 27, cuaderno 4), Libardo Zuluaga Soto (folios 28, 29 y 30, cuaderno 4), Luis Alberto Parra González (folios 31 y 32, cuaderno 4), Carlos Enrique Gómez Becerra (folios 34 y 35, cuaderno 4), que dan cuenta al unísono, con un razonamiento de tener contratos iguales al que aquí se litiga dejando de presente de cómo en la práctica de los mismos participan los propietarios en el nombramiento de los conductores y la suerte de su estabilidad depende de su parecer.

“El no tener de presente, mirar, y considerar esta prueba testimonial y el contenido de la misma que tiene la fuerza práctica de los modo y manera como se cumplen este tipo de contratos colocó al sentenciador en una situación errónea en la apreciación de los hechos y en la interpretación de la cláusula 7ª que sirvió de base para la posición abusiva de ‘Socobuses’”.

SE CONSIDERA

Es evidente que tanto el Código Civil como el de Comercio regulan el contrato de mandato.

La amplia normación del estatuto común le permitió al legislador mercantil de 1970 disponer de pocos preceptos para reglar asuntos referentes a esta clase de contrato. Es decir, prefirió que la previsión legal del ordenamiento civil mantuviese su fuerza dispositiva en la medida que no se opusiera a lo dispuesto en el Código de Comercio. Significa lo anterior que muchas de las situaciones que se plantean alrededor del mandato comercial encuentran respuesta normativa en el Código Civil. Por eso, resulta relevante el artículo 822 del Código de Comercio en cuanto permite que los contratos se gobiernen en sus efectos, interpretaciones, modos de extinguirse, anularse o rescindirse por el derecho civil a menos que la ley mercantil establezca otra cosa.

Estos criterios adquieren, por tanto, vigencia, en aquellas controversias que tienen su fuente en un negocio mercantil, puesto que es reconocida la prioridad en la aplicación de las normas comerciales, con la plenitud debida; pero, al mismo tiempo, se deja que preceptos del derecho civil, también disciplinen aspectos de la controversia. Entonces, puede ocurrir que una disputa sobre aspectos contractuales encuentren en el Código de Comercio, todo el material normativo requerido para la realización de los derechos. En otros casos, se tendrá que acudir a las disposiciones del Código Civil.

para buscar o bien el complemento normativo ora la totalidad, si es que llegare a faltar regulación en aquél.

Cuando se plantea una disputa judicial sobre un contrato que las partes aceptan como comercial, y sobre el cual no se discute, se requiere, en primer lugar consultar los textos sustanciales que el Código de Comercio consagra alrededor del asunto que se examina y si no son completos se debe dirigir la actividad hacia el Código Civil.

Pues bien, el contrato de mandato presentado como apoyo a la relación negocial, tiene el carácter de mercantil. Esto obliga a que la cuestión sub examine se enfoque a la luz de las normas del Código de Comercio con criterio preferencial, para luego acudir al Código Civil en procura de una necesaria complementación.

Todo lo dicho hace suponer que en los términos en que se concretó el litigio, las normas del Código de Comercio son prevalentes si en ellas se localiza la situación impuesta por el demandante. No hay duda que ese estatuto no sólo consagra normas sobre el mandato sino que aborda con especial precisión el tema de la indemnización recabada como consecuencia de la terminación de la administración conferida por la renuncia hecha por la empresa administradora. Particular aplicación de las normas del mandato se aprecia cuando el Tribunal al analizar la conducta contractual de la sociedad demandada concluye que la renuncia a la administración, como acto unilateral, se compasa con el contrato y con los hechos sucedidos, que motivaron aquella determinación.

Y lo cierto es que el recurrente no enjuicia norma alguna del mandato comercial, es decir, omitió acusar preceptos de indiscutible relación con el caso en estudio.

Los textos que estima violados todos están en el cuerpo del Código Civil, los que por sí solos no pueden jugar plenamente en una acusación en casación si para ello no se enjuicia el artículo que permite una aplicación de aquéllos, o sea, el artículo 822 del Código de Comercio. Los artículos de este ordenamiento que señala como infringidos el recurrente no permiten ubicar independientemente la responsabilidad indemnizatoria invocada por el demandante. Así lo ha sostenido la Corte, en sentencia de 5 de agosto de 1985.

“De acuerdo con el primer párrafo del artículo 822 del Código de Comercio ‘los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa’”.

“La norma transcrita reviste especial importancia en el caso que ahora ocupa a la Sala, ya que sirve de soporte legal para hallar la complementación necesaria entre los ordenamientos comercial y civil; es ella, indudablemente, la que de modo expreso y con respecto al campo negocial, hace aplicables las reglas del último de los ordenamientos citados a casos de naturaleza mercantil; por lo que resulta indispensable, a fin de que se estructure a cabalidad la proposición jurídica, que en casación, cuando se debaten asuntos que atañen a la responsabilidad negocial, se haga el seña-

lamiento de tal disposición, que permite el influjo recíproco de los dos conjuntos normativos que de manera general hállase precisado en los términos de los artículos 1º y 2º del Código de Comercio.

“Si, pues, el citado artículo 822 tiene incidencia en el puto materia de la litis y, si, además, en ninguno de los cargos se hizo su señalamiento como norma violada, infiérese de ello la improsperidad del recurso interpuesto, porque, como lo tiene dicho la Corte ‘Cuando la sentencia del Tribunal ad quem decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no planteó tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano (T. CXLII, Pág. 48)’”.

En esas condiciones, se hace evidente la falta de proposición jurídica completa, y que comporta, consiguientemente, un defecto de técnica que impide estudio de fondo del cargo.

No prospera, por lo dicho el cargo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 14 de febrero de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario adelantado por Luis Eduardo Escobar Martínez contra la Sociedad Coordinadora de Buses Urbanos de Manizales “Socobuses”.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Publíquese en la Gaceta Judicial.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

EXCEPCION PREVIA

Se reitera la tesis de que no es susceptible del recurso de casación el auto que decide una excepción de fondo formulada como previa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., 16 de octubre de 1986.

Decídese la queja que la parte demandante formuló en este proceso ordinario de Francisco Javier Lozano contra herederos de Francisco de Paula Santander, para que se le otorgue el recurso de casación contra el auto de fecha nueve (9) de julio del año en curso, dictado por el Tribunal Superior de Pasto, que confirmó el de 5 de mayo del mismo por el cual el Juez 3º Civil del Circuito de esa ciudad declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho pretendido por el demandante.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con las copias mecánicas acompañadas con la formulación del recurso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto decidió el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra el auto de 5 de mayo de este año, por medio del cual el Juez 3º Civil del Circuito de esa ciudad declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho pretendido por el demandante, proveído que confirmó el *ad quem* con el de nueve (9) de julio del que corre.

La parte demandante interpuso recurso de casación contra esta providencia, reclamo que el Tribunal denegó por auto de 17 de julio, con el argumento de que las providencias que resuelven excepciones previas en los procesos cognocitivos tienen el carácter de autos y no de sentencias, aunque las propuestas tengan la índole de perentorias o de fondo.

El demandante recurrió en reposición la negativa y en subsidio pidió copias para ocurrir en queja. Mantenido la decisión por el Tribunal, se le

expidieron al inconforme las copias, quien formuló la queja razonando, en síntesis, que la doctrina de la Corte que sostuvo que el auto que provee en el incidente de excepciones previas cuando las alegadas son perentorias, es una sentencia por cuanto lo que constituye una decisión de esta naturaleza es su contenido y no su forma, es la acertada. El auto que declara probada la prescripción alegada como previa, arguye, es una sentencia como quiera que decide en el fondo acerca del derecho material pretendido en la demanda y causa efectos de cosa juzgada material, pues impide que las mismas partes vuelvan a debatir el mismo asunto por la misma causa. Luego, si esa es la esencia del proveído y esos son sus efectos, tienen que regir los principios y recursos que rigen respecto de la sentencia, entre ellos el recurso de casación cuando la providencia se dicta en asunto en que la sentencia es susceptible de ese medio de impugnación.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Si bien es cierto que la Corporación acogió razones como las que ahora expone el recurrente, tal doctrina fue variada en una interpretación clara de las reglas de procedimiento que meridianamente sancionan el recurso extraordinario de casación contra las sentencias pronunciadas en los litigios que enumera el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil.

A pesar de ser verdad que el contenido de la resolución es lo que a ella le da esencia, no es posible asimilar a sentencia lo que diamantinamente la ley procesal califica como auto, así le ponga fin al proceso anormalmente, como ocurre ciertamente con el que desata las excepciones de prescripción, caducidad, transacción y cosa juzgada alegadas por el demandado como previas, porque es indiscutible que su decisión se produce previos los trámites de incidente. No es jurídico, so pretexto de la labor interpretativa, crear figuras procesales que sustancialmente competen al legislador. La providencia que resuelve el incidente de excepciones previas las califica la ley procesal como auto, de modo que no puede el juzgador cambiarle su naturaleza por el de sentencia en abierta contradicción con la precisión de lo que esa ley estructura como auto, cuyo concepto surge de excluir el de sentencia, que de conformidad con el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil es la providencia que decide sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Todas las demás providencias son autos. Luego la providencia que resuelve las excepciones propuestas como previas, es un auto y, por ende, no proceden contra él los remedios ni los recursos que las normas de procedimiento establecen contra las sentencias

La Corte viene pregonando esta interpretación por ser la que se acomoda al espíritu de la normatividad procedimental civil y porque al intérprete no le incumbe lo que es del legislador. Entre las varias decisiones en que últimamente la Corte ha expuesto su claro criterio en el punto, pueden citarse el auto de 21 de octubre de 1985, en el que se alude a los de 15 de marzo de 1984 y 23 de abril de 1985, como el de 21 de agosto de 1986. En el de 21 de octubre, reproduciendo lo dicho en el de 15 de marzo de 1984, expuso:

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

A ello, que constituye en verdad el medio de la cuestión pues que simplemente se trata de que la casación procede contra sentencias y que la providencia que resuelve el incidente de excepciones previas, así sean las de fondo que se aleguen como previas, es un auto, puede agregarse que por vía interpretativa no es posible variarse lo que define la ley procesal material, esto es aquella que señala los elementos estructurales de un acto procesal, como lo es la que define la sentencia y por exclusión los autos.

De modo que la negativa del *ad quem* a conceder el recurso extraordinario de casación contra un auto estuvo bien tomada y así debe declararse, y ordenar devolver esta actuación a la oficina de origen.

DECISIÓN

En mérito de lo discurredo, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, DECLARA BIEN DENEGADO EL OTORGAMIENTO del recurso de casación contra el auto de fecha nueve (9) de julio del año en curso, pronunciado por el Tribunal Superior de Pasto.

Remítase la actuación a la oficina de origen.

Cópiese y notifíquese.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

EXEQUATUR

La sentencia de nulidad de un matrimonio canónico dictado por un tribunal eclesiástico en el extranjero, no requiere del trámite propio del exequatur a fin de que cause efectos civiles en Colombia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., 22 de octubre de 1986.

Por medio de mandataria constituida al efecto, la señora María Ismael de la Torre ha solicitado ante esta Corporación el *exequatur* para la sentencia proferida por el Tribunal de Apelación Interdiocesano para el Estado de Ohio y Washington, D. C. (E. U. de Norteamérica), confirmatoria de la de primera instancia dictada por el Tribunal de primera instancia de la Arquidiócesis de Cincinnati (E. U. de Norteamérica). Aquella fechada el 1º de octubre de 1985, y ésta el 6 de septiembre anterior. La decisión consignada en una y otra consistió en el decreto de nulidad del matrimonio canónico contraído por la peticionaria con Luis Fernando Botero R. en la Parroquia de Santa Bibiana de la ciudad de Bogotá, el día 12 de julio de 1975.

A la solicitud agregó una copia de la sentencia en el idioma original, debidamente autenticada, así como la traducción oficial de la misma al idioma castellano.

Para decidir lo que corresponda, se anticipan por la Sala las siguientes

CONSIDERACIONES

Estima la Corte que la respuesta que merezca la anterior petición tiene que elaborarse a partir de las normas del Concordato ajustado entre la República de Colombia y la Santa Sede, aprobado respecto de la primera por la Ley 20 de 1974, tratado en el que entre otras cosas, las Altas Partes Contratantes convinieron:

a) Que “la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será respetada por las autoridades de la República” (Art. III).

b) Que “el Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del acta al correspondiente funcionario del Estado quien deberá inscribirla en el registro civil” (Art. VII).

c) Que “las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a las dispensas del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica. Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán transmitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil” (Art. VIII).

El Estado colombiano, se desprende del antes citado artículo 3º del Concordato, le reconoce existencia, validez y autonomía a la legislación canónica. De la legislación canónica constituye parte fundamental el denominado Código de Derecho Canónico, promulgado por el Papa Juan Pablo II el 25 de enero de 1983. En el canon I de este Código se dice que rige para la Iglesia latina (así denominada para distinguirla de las Iglesias orientales).

En el canon 368 defínese que la Iglesia Católica una y única, existe en y desde las Iglesias particulares que son principalmente, las diócesis.

En cada Diócesis, salvo los casos exceptuados, el juez de la primera instancia es el Obispo Diocesano que puede ejercer la potestad judicial por sí mismo o por medio de otros, según el canon 1419. Acorde con el canon 1425, se reserva a un tribunal colegial de tres jueces —que, en ciertos casos, puede ser hasta de cinco— las causas contenciosas sobre el vínculo del matrimonio. En los cánones 1438 y siguientes, se reglamenta el tribunal de segunda instancia. Y los cánones 1442 y siguientes se ocupan de los tribunales de la Sede Apostólica; entre estos se halla el tribunal de la Rota Romana (canon 1443), el que, en ciertos casos, juzga en 2ª instancia en relación con causas falladas por los tribunales ordinarios de la primera instancia, pudiendo, en otros, juzgar en 3ª o ulterior instancia, en causas sentenciadas por la misma Rota o por cualquier otro tribunal (canon 1444).

El canon 1673 señala la competencia para las causas de nulidad del matrimonio en 1ª instancia, atribuyéndosela alternativamente al Tribunal de 1ª instancia del lugar en el que se celebró el matrimonio, o al del lugar en el que el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio, o al del lugar del domicilio de la parte actora, o también al del lugar en que de hecho se ha de recoger la mayoría de las pruebas, siempre y cuando, en estas dos últimas hipótesis, se llenen las condiciones contempladas en los apartados 3º y 4º del referido canon.

De la sentencia y de la apelación se ocupan los cánones 1681 y siguientes.

Pues bien: todas estas normas ponen de presente cómo la legislación de la Iglesia Católica, y la del matrimonio canónico dentro de ella, no se circunscribe, en su imperio, a las fronteras de un estado particularmente considerado. Su validez es, entonces, de carácter universal, condición que el artículo 3º del Concordato no desconoció ni restringió,

Por lo tanto, cuando en el artículo 8º del mismo Concordato se estipula que las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo conyugal son de la competencia exclusiva de los jueces eclesiásticos allí, designados, no cabe sostener que ese precepto alude, de modo exclusivo, a los tribunales que de la Iglesia Católica existan en Colombia. O a los establecidos en cualquier otro Estado. Al conectar el susodicho artículo 8º con los preceptos canónicos atrás citados, por medio del enlace que ofrece el artículo 3º del tratado, se advierte, con toda nitidez, cómo la norma abarca a todos los tribunales eclesiásticos, tanto nacionales como extranjeros.

Y cuando en el inciso 2º del mismo artículo 8º se dice que las sentencias y decisiones de los tribunales eclesiásticos se comunicarán a los tribunales superiores territorialmente competentes, una vez que desde el punto de vista canónico hayan adquirido firmeza, a fin de que por estos se tomen las medidas conducentes para que aquellas sentencias y decisiones produzcan efectos civiles, se debe concluir otro tanto, en primer lugar, por lo que ya se consignó. En segundo lugar, porque esta parte del artículo no es más que un desarrollo o complemento de la determinación del inciso 1º. Y, en tercer lugar, porque habiéndose hablado de la comunicación que el tribunal eclesiástico le tiene que dirigir al tribunal civil territorialmente competente en procura de que éste dé los pasos conducentes a fin de que la decisión canónica produzca efectos civiles, tal comunicación no aparece ligada en el precepto a la previa obtención del exequatur para la sentencia cuya ejecución por la autoridad civil nacional se pretende.

Concluye, entonces la Sala, que la sentencia de nulidad de un matrimonio canónico dictada por un tribunal eclesiástico en el extranjero, no requiere del trámite propio del exequatur a fin de que cause efectos civiles en Colombia.

La doctrina anterior ha sido sostenida otras veces por la Corte, como puede verse en sus sentencias del 6 de abril de 1956 (G. J., T. LXXXII, Pág. 548 y ss.), y del 18 de octubre de 1961 (G. J., T. XCVII, Pág. 127 y ss.).

Lo discurrido hace ver, pues, cómo la solicitud elevada por la señora De la Torre en relación con la decisión de nulidad de su matrimonio con el señor Luis Fernando Botero R., es superflua, debiendo, por tanto, rechazarse, y así se decidirá.

DECISIÓN

En consonancia con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, RECHAZA la demanda de *exequatur* de la que se ha hecho mención en el curso de este proveído.

RECONÓCESE personería a la doctora Teresa Castro de Reyes, para representar a la señora María Ismael de la Torre.

En firme este auto, ENTRÉGUENSE los anexos a la actora sin necesidad de desglose.

Cópiese y notifíquese.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides.
Secretaria.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

Legitimación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

A consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, procede la Corte a revisar la Sentencia de 21 de abril de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el proceso abreviado de separación de cuerpos de Carmen Cecilia Villamizar contra Luis Gonzalo Espinosa.

ANTECEDENTES

I. Mediante demanda presentada el 28 de junio de 1985, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de su cónyuge demandado, se decretase la separación indefinida de cuerpos, la disolución de la sociedad conyugal y, se dispusiese, además, que los menores hijos Yeison y Sandra quedasen al cuidado de la madre, con cargo el demandado de contribuir para los gastos de crianza, educación y establecimiento, en proporción del 50%.

II. La demandante apoyó sus pretensiones en 38 hechos, que pueden resumirse como sigue:

a) Que contrajo matrimonio católico con el demandado el 4 de febrero de 1978, en la ciudad de Pamplona, de cuya unión nacieron sus hijos Yeison y Sandra, en la misma ciudad, el 16 de marzo de 1980 y el 21 de septiembre de 1981, respectivamente.

b) Que por incomprensiones entre los cónyuges, éstos se “separaron de hecho” en el mes de julio de 1981, a raíz de la cual la demandante se alojó con sus hijos en casa de su padre José del Carmen Villamizar y luego le tocó demandar, en reclamación de alimentos para sus hijos menores, a

Luis Gonzalo Espinosa, proceso que culminó con sentencia de 15 de abril de 1982, mediante la cual el Juzgado Promiscuo de Menores de Pamplona le impuso, a este último, la obligación de pagar la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) mensuales.

c) Por dificultades económicas y en procura de satisfacer las necesidades de la crianza de sus hijos, la demandante se desplazó a la República de Venezuela el 30 de enero de 1983, viaje del cual enteró, con antelación a su familia y a la de su marido, quedando sus hijos al cuidado de su hermana Raquel, con el encargo de llevarlos cada 8 días a la casa de la madre del demandante, quien retuvo al menor Yeison y, a su regreso en septiembre de 1983 no se le permitió verlo.

d) El 20 de diciembre de 1983 la demandante entró a trabajar en un establecimiento de panadería de la ciudad de Pamplona y pudo estar con su hijo menor Yeison los fines de semana, pero aconteció que en abril del siguiente año ya no le permitieron tal cosa; empero, más adelante, entre el 2 y el 15 de enero de 1985 pudo tener la demandante, a su lado al referido menor y en seguida "se repitió nuevamente la historia".

e) El 25 de mayo de 1985, la demandante se dirigió a la casa de la madre del demandado con el propósito de que se le entregara a su hijo menor Yeison para sacarlo a pasear y aconteció que su cónyuge, Luis Gonzalo, "la trató de 'vagamunda' y 'ramera', que no volviera a pisar las puertas de la casa y que no se volviera a 'meter' con la novia de éste de nombre Beatriz Contreras".

f) El demandado actualmente le entrega, por concepto de alimentos para su menor hija Sandra, la suma de dos mil quinientos pesos (\$ 2.500), mensuales y no pregunta por la niña ni la saca a pasear, siendo que devenga aproximadamente la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) mensuales como conductor de un carrotanque, por lo que puede contribuir con la mitad de esta suma para alimentos de su esposa e hijos.

g) Que la demandante ha observado una conducta excelente y, por tal virtud, no existe razón para que la priven del cuidado personal de su menor hijo Yeison, quien dada la forma como se está levantando, se pone "en peligro la estabilidad emocional".

h) Que la demandante, por estudios que ha hecho en el Sena de la ciudad de Pamplona durante los años de 1984 y 1985, se ha capacitado, y actualmente devenga un salario de quince mil (\$ 15.000.00) mensuales.

III. Enterado el demandado de las pretensiones de su cónyuge, respondió en el sentido de admitir algunos hechos y de negar otros, observando que el único motivo que determinó entre ellos la separación de hecho, "fue el flagrante adulterio, o relaciones sexuales extramatrimoniales en que incurrió la esposa... esto jamás ha sido desmentido por la señora Carmen Cecilia, quien sólo responde a ese respecto, y al igual que su actual apoderado, que eso sucedió hace ya cuatro años, como sugiriendo... una prescripción extintiva". Termina el demandado oponiéndose a las súplicas de la demandante y, solicitando "en subsidio, que se decrete la separación y se tomen las medidas consecuentes, pero por las relaciones sexuales extramatrimoniales de la demandante y por el incumplimiento de ésta de sus deberes de esposa y de madre.

IV. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 21 de abril de este año, mediante la cual se decretó la separación indefinida de cuerpos, la disolución de la sociedad conyugal y se hicieron otros pronunciamientos consecuenciales, con fundamento en el deseo recíproco de separarse y no en las razones invocadas en la demanda, por ausencia de pruebas.

V. Inconforme la parte demandante con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, el que fundamenta sobre el aserto de que obra en el proceso prueba del incumplimiento del demandado de sus deberes de marido y de padre y que no es propio decidir este proceso que es contencioso con lo que sí resulta ser propio de proceso verbal.

CONSIDERACIONES

1. A título de introducción conviene observar que al proceso de separación de cuerpos adelantado por Carmen Cecilia Villamizar de Espinosa contra Luis Gonzalo Espinosa, se le dio el trámite que le correspondía, o sea, el del proceso abreviado, por lo que no se ofrece irregularidad o vicio alguno que afecta la actuación surtida, aunque los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal para despachar favorablemente la pretensión de separación, no es un modelo de claridad, precisión y acierto.

2. Aclarado lo anterior y como quiera que la parte recurrente se duele de que la causal segunda de separación de cuerpos se encuentra establecida en el proceso, procede la Corte a estudiarla. *Ciertamente establece la ley que los cónyuges, entre las muchas obligaciones que entre ellos existan, se encuentran las de vivir juntos, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (Arts. 176 y 178 del C. C. 9 y 11 del Decreto 2820 de 1974). Y los padres, con relación a los hijos les corresponde de consuno, el cuidado personal de su crianza, educación y establecimiento (Arts. 253 y 257 del C. C.). Por consiguiente, si uno de los cónyuges se desatiende de sus deberes, ya de marido ora de padre o, bien de esposa o de madre, sin causa que lo justifique, se hace incurso en causal de separación de cuerpos.*

3. *Como se acaba de ver, para que se configure la mencionada causal no se requiere que el cónyuge demandado incumpla conjuntamente los deberes de marido y de padre, pues si incumple los primeros y cumple con los segundos o, por el contrario, cumple con aquéllos pero incumple los últimos, en uno y otro evento ha incurrido en la mencionada causal.*

4. *Ahora bien, en la vida matrimonial es posible entonces que recíprocamente los cónyuges incurran en faltas que la ley señala como justificativas de divorcio o de separación de cuerpos. Cuando así ocurre, aunque ninguno de los dos sea inocente, cada uno está legitimado para solicitar el divorcio o la separación fundada en la culpa del otro. En este caso, como ambos cónyuges tienen la vía abierta para suplicar el divorcio o la separación, el cónyuge que resulte demandado a su vez puede contrademandar, y esto es lo procedente como quiera que en esta materia no se abre paso la compensación de culpas.*

5. *Por demás, también conviene precisar que así la conducta del cónyuge demandante pueda ser censurable, la ley no autoriza al demandado para sustraerse a cumplir con sus obligaciones de padre, pues los hijos no pueden ser víctimas inocentes del comportamiento de sus progenitores.*

6. En la especie de este litigio, aparece demostrado lo siguiente:

a) Que las partes contrajeron matrimonio católico el 4 de febrero de 1978, de cuya unión nacieron sus hijos Yeison y Sandra Liliana, actualmente menores de edad, pues obra la prueba documental pertinente.

b) Que el demandado, por sentencia de 15 de abril de 1982, pronunciada por el Juzgado Promiscuo de Menores de Pamplona, se obliga a pagar la suma de \$ 4.000.00 mensuales, por concepto de alimentos para sus hijos menores Yeison y Sandra Liliana, con lo cual se demuestra el incumplimiento de sus deberes de padre y por ende, la demandante demostró la causal segunda de separación alegada en su demanda.

7. Viene de lo dicho, que habrá de confirmarse el fallo impugnado, aunque por motivos diferentes de los expresados por el Tribunal en su sentencia, pues así la Corte no comparte algunas apreciaciones de la parte motiva, sí comparte las resoluciones tomadas, a las que igualmente asiente el Ministerio Público.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA la sentencia recurrida.

No hay lugar a condena de costas en la segunda instancia.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides.
Secretaria.

DOMINIO

Bienes inmuebles.

Título idóneo para demostrarlo. Certificados expedidos por la Oficina de Registro.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

Decídese el recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 30 de octubre de 1985 pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja, en este proceso ordinario de Pablo Emilio Monroy frente a Pedro Saba Rodríguez y Ovidio Saba González.

I. EL LITIGIO

1. Por escrito presentado el 10 de diciembre de 1980 y repartido el 11 de los mismos al Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, Pablo Emilio Monroy por conducto de procurador judicial demandó a Pedro Saba Rodríguez y Ovidio Saba González, vecino el primero de Buenavista y el segundo de Coper, para que por el procedimiento ordinario de mayor cuantía se declarara que Pablo Emilio Monroy es el sujeto titular del derecho de dominio del terreno "El Cañal" situado en la vereda de "Guasimal" del Municipio de Coper, por los linderos descritos en la petición primera. Que como consecuencia los demandados deben entregarle al demandante, tres días después de la sentencia, el citado inmueble; que deben pagarle los demandados, solidariamente, los frutos naturales y civiles producidos por la finca, a razón de \$ 2.000.00 anuales durante diez años, o la cantidad que se fijare por peritos y que se les condenara en las costas.

2. Sustentó las pretensiones en que ante el Juez de Coper adelantó Monroy un proceso divisorio contra Saba Rodríguez; en el que se le adjudicó al primero el precitado bien raíz, cuya hijuela fue registrada. Los demandados vienen poseyendo hace diez años la finca y percibiendo sus frutos.

3. Admitida la demanda y notificada su admisión a los demandados, por intermedio de apoderado judicial, se opusieron a las súplicas. Saba Rodríguez admitió ser poseedor del bien y alegó prescripción por tener título y posesión de más de 20 años. Pidió que se citara a Anadelina Gómez, hija de Anatolio Gómez, primer dueño, para que respaldara su posesión, citación que no se surtió.

4. Agotado el trámite del primer grado, el juez dictó sentencia el 19 de febrero del año pasado, con la que denegó todas las peticiones y absolvió a los demandados.

5. Apelado el fallo por el demandante, el Tribunal Superior de Tunja, rituada la alzada, pronunció la sentencia de 30 de octubre de 1985 con la que confirmó la del *a quo*.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CASACIÓN

6. Confirmó, pues, el Tribunal Superior de Tunja el fallo proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, decisión que sustentó así:

“La controversia entre el juzgador de primera instancia y el apelante” no se plantea en torno a las pruebas allegadas o a su suficiencia. “Las partes, y el juez no discrepan sobre la ordenación, recepción y autorización para considerarlas, ni hay controversia en torno a su autenticidad o a su contenido”. Anotó que a pesar de aducirse copia de una escritura pública sin constancia de registro, “no es sustento del fallo”. La inspección judicial y el dictamen pericial, en conjunto, no merecen reparo de las partes “y no fueron tampoco sustento del fallo”.

La apreciación del juez de que el demandante no probó ser propietario es equivocada, dijo, pues, la hijuela en proceso de liquidación demuestra el dominio “cuando se opone a título más reciente o a posesiones iniciadas en fecha posterior”. No obstante, la sentencia debía mantenerse porque “la posesión del demandado es anterior al título presentado por el actor. El título del demandante es la sentencia de aprobación del trabajo de partición dictado el 21 de febrero de 1977” registrado en el folio de matrícula inmobiliaria 072.0000-616 el 19 de julio de ese año. “La posesión del demandado comenzó siete años antes, según se lee en la propia demanda donde dice que el diez (10) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980), los demandados tienen diez años de posesión”. La confesión hecha en la demanda perjudica al demandante y convence al juez. “Se incurre así en el presente caso en la excepción que la misma Corte anota en la cita traída arriba”. Y remató diciendo: “El demandante no presentó título de dominio suficiente y anterior a la posesión de los demandados, siendo la hijuela de adjudicación de bienes comunes insuficiente para acreditar la propiedad”.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un cargo formula el demandante contra la sentencia del *ad quem*, que presenta así:

“...acusó la sentencia del Tribunal de *violar indirectamente, por falta de aplicación*, los artículos 765, 946, 947, 952, 961, 962 y 964 del Código Civil, 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970, 251, 254, 256 y 264 del Código de Procedimiento Civil, a causa de los manifiestos errores de hecho en que incurrió al apreciar los medios de prueba que adelante puntualizo”.

Sustentó la censura en esta forma :

El Tribunal confirmó el fallo del juez pero por razones diferentes, pues afirmó que la hijuela de partición de bienes comunes en proceso de liquidación o división es título suficiente cuando se opone a títulos más recientes o a posesiones iniciadas en fecha posterior. Pero como el título del demandante es la sentencia aprobatoria de la partición dictada el 21 de febrero de 1977, registrada el 19 de julio siguiente y la posesión del demandado comenzó siete años antes, según la confesión de la demanda, llevando los demandados diez años poseyendo y el demandante no presentó título de dominio suficiente y anterior a esa posesión, debía confirmar la sentencia del *a quo*.

De esa manera, continúa el censor, aunque en verdad que en la acción reivindicatoria cuando el actor presenta un título posterior a la posesión del demandado, debe aportar una cadena de títulos de los antecesores en el dominio que vayan hasta antes de la posesión, “forma legal y única para desvirtuar la presunción consagrada en el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil”, en la hijuela de adjudicación respecto del predio “El Cañal”, de la cual da fe la Escritura 591 de 15 de septiembre de 1977 de la Notaría 1ª de Chiquinquirá, registrada en el folio de matrícula 072-0000-616, se expresa que el predio partido en el proceso divisorio de Monroy contra Saba Rodríguez y del cual se le adjudicó al primero “El Cañal”, lo “hubieron los comuneros por adjudicación en la sucesión de Anatolio Gómez (Fls 3 y ss. C. Nº 1)”. En el certificado del registrador (Fl. 8, C. Nº 1) se expresa que la partición realizada en el sucesorio de Anatolio Gómez se registró el 13 de septiembre de 1967. Tanto la Escritura 591 como el certificado del registrador se acompañaron con la demanda, documentos que el juzgado ordenó tener como pruebas por auto de 14 de noviembre de 1981 y oficiosamente ordenó solicitar al Notario 1º de Chiquinquirá expedir copia de la Escritura 591 de protocolización y demás documentos en la partición que hubo de adelantar Pedro Ricardo Sánchez M. ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Coper en el proceso de Monroy contra Saba Rodríguez copia que se allegó al proceso legalmente (folios 49 y siguientes del cuaderno 1).

De modo que el Tribunal “pasó por alto” y no hizo referencia alguna a los siguientes elementos de prueba legalmente aportados, con los que se acredita en forma plena la existencia de un título anterior a la posesión de los demandados, cuales son, dice el casacionista :

a) La hijuela de adjudicación en el sucesorio de Anatolio Gómez que se hizo a Pablo Emilio Monroy y Elvira Torres Salas, en proporción de dos terceras partes para el primero y una tercera para la segunda, en el predio de la vereda “Guasimal”, sitio El Macanazo, Municipio de Coper,

determinado como allí se expresa y en el que se dice que la finca la adquirió Anatolio Gómez por Escritura 22 de 20 de septiembre de 1933 de la Notaría Unica de Maripí.

b) El certificado del registrador de Chiquinquirá, número 209 de 7 de mayo de 1976 (Fl. 65, C. número 1), en el que se dice que la partición y la sentencia aprobatoria en la sucesión de Anatolio Gómez tramitada en el Juzgado Promiscuo Municipal de Chiquinquirá fue registrada el 13 de septiembre de 1967 y que a Pablo Emilio Monroy y Elvira Torres Salas se les adjudicó, en proporción de dos terceras partes y una tercera, respectivamente, una finca ubicada en la vereda "Guasimal", sitio del Macanazo, del Municipio de Coper. Se dice en ese mismo documento que Anatolio Gómez hubo el inmueble por compra a Antonio Moreno por Escritura 22 de 20 de septiembre de 1933 de la Notaría Unica de Maripí, registrada el 4 de octubre de 1933.

c) El certificado del registrador de Chiquinquirá de 16 de junio de 1980 (Fl. 8, C. No. 1), en el que se expresa que la adjudicación hecha en el sucesorio de Anatolio Gómez a Monroy y Torres Salas se registró el 13 de septiembre de 1967.

Al no apreciar el Tribunal esos documentos incurrió en error de hecho, que aparece manifiesto y evidente y que, como ha dicho la Corte, "brillan al ojo, saltan de bulto". El error de hecho, afirma el recurrente, es trascendente, pues de no haber incurrido en él y, por consiguiente, de haber valorado los documentos habría encontrado la prueba que echó de menos y en lugar de confirmar la sentencia de primera instancia la habría revocado y, en cambio, despachado favorablemente las pretensiones y no dejado de aplicar los preceptos sustanciales que estructuran las peticiones.

Al no ver esas pruebas, continuó el inconforme, el Tribunal dejó de aplicar el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil que define el documento público, como lo son las hijuelas de adjudicación y los certificados sobre situación jurídica de los inmuebles. El 254 que otorga a las copias el mismo valor probatorio del original cuando han sido autorizadas por notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica y cuando es reproducción que cumpla los requisitos del 253.

El 262 que da el carácter de documentos públicos a las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos.

El 256 en armonía con los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970 y el 264, que regulan los requisitos de las copias de documentos públicos que requieren inscripción en registro público y su alcance probatorio.

Estas disposiciones procedimentales no las aplicó porque no apreció los precitados documentos y, por tanto, remató el censor, dejó de aplicar los artículos antes nombrados del Código Civil.

Como consecuencia, la sentencia debe quebrarse y la Corte, como tribunal de instancia, tendrá que reconocer las pretensiones por estar presentes los presupuestos procesales y demostrados los de la acción reivindicatoria.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

7. Conforme a jurisprudencia de la Corte, incurre el sentenciador en error de hecho en la valoración probatoria, cuando da por demostrado un acaecimiento sin obrar en el proceso la prueba que lo demuestre —error por suposición de prueba— y cuando no encuentra acreditado un hecho no obstante militar el medio de convicción que lo demuestra —error por preterición—.

El error de hecho, empero, para que tenga la fuerza suficiente en orden al aniquilamiento del fallo, debe ser manifiesto u ostensible, esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, que se advierta objetivamente sin mayores juicios. Es la deducción del fallador frente a la evidente suposición o ignorancia de la prueba.

El error de hecho, además tiene que haber sido la causa determinante para que el juzgador otorgue un derecho sustancial o deniegue su reconocimiento, por creer encontrar probado el supuesto fáctico cuando no existe su demostración, o no encontrarlo demostrado cuando existe el medio probatorio idóneo. En tales supuestos dicese que el error de hecho es trascendental por cuanto al no incurrirse en él, el juicio del sentenciador sería diverso al que pronunció.

8. El error de hecho por inapreciación de la prueba que obrando en los autos legalmente producida haya sido la causa por la cual el derecho material se desconoció por el sentenciador, implica, pues, un yerro en la labor mental en cuanto equivocadamente el juez no estimó el haz demostrativo que sirve para probar el supuesto de hecho cuya consecuencia jurídica se pretende. El falso juicio se refiere entonces no al derecho sustancial sino a la prueba del supuesto que produce la consecuencia jurídica.

Pero si a pesar de haber valorado la prueba el sentenciador, la conclusión a que habría llegado es la misma que se censura, es meridiano que el yerro es intrascendente.

9. El demandante censura la sentencia del Tribunal de Tunja porque no le reconoció su derecho de dominio, desconocimiento que es efecto de no valorar el *ad quem* la prueba que muestra que él adquirió el derecho real y aportó al proceso la demostración documental que el sentenciador no vio. Si el Tribunal hubiera valorado los documentos que prueban que su derecho prevalece sobre la posesión de los demandados, habría despachado favorablemente las pretensiones, luego de revocar el fallo del *a quo*.

10. El recurrente sostiene que el *ad quem* no estimó estos elementos documentales:

a) La copia de la hijuela de adjudicación que en el proceso de sucesión de Anatolio Gómez se les hizo a Pablo Emilio Monroy y Elvira Torres Salas, del dominio en el inmueble situado en la vereda “Guasimal”, Municipio de Coper, en proporción de dos terceras partes para Monroy y una para Elvira Torres. En el documento aparece que el causante Anatolio Gómez adquirió el derecho de propiedad mediante escritura número 22 de 20 de septiembre de 1933 de la Notaría Unica de Maripí (Fls. 54 y 54v, C. 1).

b) El certificado número 209 de 7 de mayo de 1976 expedido por el Registrador de Chiquinquirá, en el cual se expresa que la adjudicación hecha en el sucesorio de Anatolio Gómez a Pablo Emilio Monroy y Elvira Torres Salas se registró el 13 de septiembre de 1967. Se agrega que el causante Anatolio Gómez hubo el inmueble adjudicado por Escritura número 22 de 20 de septiembre de 1933 de la Notaría Unica de Maripí, escritura que se registró el 4 de octubre siguiente (Fl. 65, C. 1).

e) El certificado de 16 de junio de 1980 expedido por el Registrador de Chiquinquirá, en el que se hace constar que la adjudicación a Monroy y Torres Salas en la mortuoria de Anatolio Gómez se registró el 13 de septiembre de 1967 (Fl. 8, C. 1).

Con dichos documentos, asevera el impugnante, se demuestra la adjudicación del derecho al demandante y, por ende, obra la prueba documental que lo demuestra, como preferente a la posesión de los demandados.

11. Efectivamente obran en autos los precitados documentos, en los cuales se añade que Pablo Emilio Monroy adquirió el derecho de dominio en común y proindiviso con Elvira Torres en el inmueble del Municipio de Coper, vereda "Guasimal", por adjudicación que se le hizo en el proceso de sucesión por muerte de Anatolio Gómez que se adelantó en el Juzgado Promiscuo Municipal de Chiquinquirá, adjudicación registrada el 13 de septiembre de 1967. Anatolio Gómez había adquirido en virtud de compraventa con Antonio Moreno por Escritura número 22 de 20 de septiembre de 1933 de la Notaría Unica de Maripí, registrada el 4 de noviembre de 1935.

12. Ciertamente el Tribunal ningún valor aislado le dio a estos documentos, pues consideró que tan solo la sentencia aprobatoria de la partición en el proceso divisorio, de 21 de febrero de 1977, registrada el 19 de julio siguiente, era el título aducido por Monroy para demostrar la adquisición del dominio.

"El título del demandante —dijo el Tribunal— es la sentencia de aprobación del trabajo de partición dictada el 21 de febrero de 1977, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria 072.0000-616 el diecinueve (19) de julio siguiente. La posesión del demandado comenzó siete años antes, según se lee en la propia demanda donde dice que el diez (10) de diciembre de 1980 (mil novecientos ochenta), los demandados tienen diez años de posesión. Esta confesión, hecha en la demanda, por el apoderado del propio actor, facultado para ello, lo perjudica y lleva a la conclusión del juez".

Y concluyó: "El demandante no presentó título de dominio suficiente y anterior a la posesión de los demandados, siendo la hijuela de adjudicación de bienes comunes insuficiente para acreditar la propiedad".

13. Ninguna alusión hizo el *ad quem* a la copia que expidió el Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiquinquirá (Fls. 54 y 54 v., C. 1), relativa a la adjudicación que en el proceso de sucesión de Anatolio Gómez se les hizo a Pablo Emilio Monroy y Elvira Torres Salas, en proporción de dos terceras partes para el primero y de una tercera para la segunda, de una finca situada en la vereda "Guasimal", sitio "El Macanazo", Municipio de Coper (Fls. 54 y 54 v., C. 1).

Tampoco se refirió expresamente a la fotocopia del certificado 209 expedido el 7 de mayo de 1976 por el Registrador de la Seccional de Chiquinquirá (Fl. 65, C. 1), relativo al registro el 13 de septiembre de 1967 del trabajo de partición y sentencia aprobatoria en el proceso de sucesión de Anatolio Gómez, por los cuales se adjudicó a Monroy y a Torres Salas, en la proporción dicha, una finca ubicada en la vereda de "Guasimal", sitio del Macanazo de la jurisdicción del Municipio de Coper.

Estos dos documentos que se incorporaron al proceso en virtud de la prueba de oficio que decretó el *a quo* por auto de 14 de septiembre de 1981 (Fl. 46, C. 1), aparece que fueron anexos protocolizados en la Escritura 591 de 15 de septiembre de 1977 de la Notaría Unica de Saboyá, aunque muestran certificación del Notario 1º de Chiquinquirá.

El certificado acerca del registro de la partición y aprobación en el proceso divisorio (Fl. 8, C. 1), se acompañó con la demanda.

Es verdad que la predicha prueba documental no la menciona precisamente el Tribunal, Empero, ninguno de esos documentos en particular, ni los tres en conjunto, constituyen título idóneo para demostrar el dominio de bienes inmuebles.

En efecto. *Los certificados expedidos por las oficinas de registro de instrumentos públicos, como surge del artículo 54 del Decreto 1250 de 1970, son constancias sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro, "mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas". De manera que si bien estos certificados son documentos públicos, de conformidad con el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, su alcance probatorio, de acuerdo con el 264 ibidem, se contrae a la fecha de su otorgamiento y a las declaraciones que haga el funcionario que los autoriza. Las declaraciones que hace el registrador se refieren a los documentos que se le adujeron para su inscripción, pero en manera alguna prueban por sí solos el acto jurídico causa de la adquisición del derecho sobre los bienes.*

Además, el artículo 2º del mismo Decreto 1250 al indicar lo que debe inscribirse en el registro, hace mención clara a los actos, contratos, providencias judiciales, administrativas o arbitrales que impliquen constitución, aclaración, adjudicación, modificación, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario. De donde se deduce que el título es la causa de adquisición del derecho real, cuyo ingreso al patrimonio se produce por el modo. El negocio jurídico o la providencia judicial o administrativa en virtud de la cual se ejecuta la forma jurídica consistente en el modo, es el que constituye el título que debiendo constar en documento público debe inscribirse en el registro. Por lo tanto, cuando se exige la prueba del dominio mediante el título respectivo, se hace relación al acto o negocio causa del modo. El certificado del registrador demuestra, pues, que al funcionario se le presentaron documentos para su inscripción y prueba la situación jurídica de los bienes, pero no está probando el título del dominio.

Menos constituyen título de propiedad privada las copias de actuaciones judiciales aún expedidas por los secretarios del despacho en que reposan los originales, pues que entonces deben ser autorizadas por el juez, como se desprende del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, sin

que a ello se opongan las previsiones de los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 citado, puesto que precisamente estas disposiciones advierten que los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro no producen mérito probatorio si no han sido debidamente inscritos o registrados en la respectiva oficina y que por lo general no surten efectos respecto de terceros sino desde la fecha de su registro.

De manera que los certificados de registro y las copias de adjudicaciones en procesos divisorios, expedidas éstas por los secretarios de la oficina judicial, no constituyen título que demuestre el dominio o propiedad de bienes raíces. Dichos documentos tienen el valor probatorio acerca de su otorgamiento, su fecha y de las declaraciones que hace el funcionario que los expide, mas no del acto jurídico o contrato causa de la adquisición del derecho real.

“La prueba de dominio de un bien raíz —ha dicho la Corte— está constituida por el título. Cuando el demandante ha adquirido el bien por compra, su título de dominio no puede ser otro que la copia auténtica de la escritura correspondiente, con la nota de registro del caso. El certificado del Registrador que también debe allegarse como prueba al proceso reivindicatorio, no sufre aquella prueba, sino que se limita a demostrar que la inscripción de la escritura está aún vigente; dicho en otras palabras, que el comprador del bien todavía es dueño del mismo”. (Sentencia de 8 de abril de 1983).

Por consiguiente, aunque el Tribunal hubiera valorado individualmente y en conjunto los certificados del registrador y la copia a que el recurrente se refiere, la conclusión a que habría llegado con base en el título que estimó, sería la misma. Luego el error de hecho en que hubiera incurrido resulta intrascendente, lo que significa que el fallo atacado continúa con el soporte probatorio en que se basó y, por ende, que el yerro que se le achaca en manera alguna es suficiente para quebrarlo.

V. DECISIÓN

En mérito de lo discurrido la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 30 de octubre de 1985 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso ordinario de Pablo Emilio Monroy contra Pedro Saba Rodríguez y Ovidio Saba González.

Sin costas en el recurso por estar el recurrente amparado por pobre.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides.
Secretaria.

CASACION

Limitación ámbito de competencia.

La apelación circunscribió la litis a la causal de paternidad natural denominada "posesión notoria" y el casacionista no atacó sus fundamentos, sino se refirió a las otras presunciones alegadas que habían quedado por fuera de la competencia de la segunda instancia y por tanto fuera de la casación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 19 de noviembre de 1986.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 27 de julio de 1984, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por los menores Jaime Orlando, Héctor Alfredo y Bibiana Elvira Ortiz contra Pedro Melesio Rodríguez Velásquez, Lilia Rodríguez de León, Ana Ligia Rodríguez de Velásquez y otros.

ANTECEDENTES

I. Por demanda que por repartimiento le correspondió al Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia de los referidos demandados, se les declarase hijos naturales del causante Jaime Faraón Rodríguez Velásquez, con derecho a heredarlo.

II. Los demandantes apoyaron sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) Que Flor María Ortiz Rodríguez hizo vida marital con Jaime Faraón Rodríguez Velásquez, desde el mes de septiembre de 1972 hasta el 14 de julio de 1979, fecha ésta en que falleció el citado Jaime Faraón;

b) Que por la época en que convivieron Flor María y Jaime Faraón, fueron considerados por la sociedad como marido y mujer, pues éste presentaba a aquélla “como su esposa, igualmente la mencionaba en sus declaraciones de renta”;

c) Que como consecuencia de las relaciones sexuales ocurridas entre Jaime y Flor María, nacieron sus hijos Jaime Orlando el 16 de julio de 1973, Héctor Alfredo el 24 de noviembre de 1975 y Bibiana Elvira el 19 de febrero de 1977;

d) Que Jaime Faraón Rodríguez les dio a los demandantes “el trato de los hijos, los cuidaba, alimentaba, velaba por ellos, y siempre los presentaba a sus familiares, parientes y amigos como sus hijos”;

e) Durante el embarazo y parto de Flor María, Jaime Faraón “estuvo atento y se responsabilizó de los gastos necesarios para el nacimiento de todos los menores, y después de nacidos proveyó a su crianza, vestuario, establecimiento, y siempre reconoció a dichos menores como sus verdaderos hijos”, mencionándolos en sus declaraciones de renta;

f) Que Jaime Faraón falleció en la ciudad de Bogotá, siendo soltero.

III. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 26 de enero de 1983, mediante la cual el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, con respaldo en la prueba de la causal por posesión notoria y después de haber encontrado que no estaban acreditadas las otras causales despachó favorablemente las súplicas de la demanda, lo que dio lugar a que la parte demandada interpusiera contra dicha resolución el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 27 de julio de 1984, por el cual se revocó el proferido por el *a quo* y, consecuencialmente, se negaron las súplicas de la demanda.

IV. Inconforme la parte demandante con la decisión del Tribunal, interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación y, encontrándose el proceso en estado de decidir el mencionado recurso, resultó destruido con motivo de los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985. en el Palacio de Justicia de la ciudad de Bogotá, lo que dio lugar a que la parte recurrente solicitara la reconstrucción del proceso y, al efecto, por providencia de 2 de octubre de este año se declaró reconstruido.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Una vez que el *ad quem* refiere los antecedentes del litigio, se ocupa de las causales de paternidad alegadas y aunque debió concretar su estudio a la que encontró demostrada el *a quo*, por cuanto sólo apeló el demandado, innecesariamente se refiere a todas las invocadas, pero claro está, centrandose fundamentalmente su análisis a la presunción o causal por posesión notoria, que fue la que encontró acreditada el juzgado, y la que ciertamente fue materia de apelación.

Aclarado lo anterior, el Tribunal, sobre la causal por posesión notoria, sentó las reflexiones siguientes:

“*Trato.* Como su nombre lo indica, consiste en que el posible padre haya considerado al supuesto hijo como suyo.

“Y entonces se debe demostrar que el pretendido progenitor atendió al posible hijo en los aspectos, vivienda, vestuario, alimentación y educación.

“A la demandada que acudió a rendir declaración de parte, nada le consta.

“Los dos citados restantes no fueron declarados confesos, y aún más: la misma consideración que se hiciera en párrafos precedentes es ahora de aplicación, como que la demanda no es clara y concisa sino genérica sobre los hechos de la demanda dice que ‘todos los familiares, parientes y vecinos sabían que eran hijos del causante Jaime Faraón Rodríguez...’, esto no fue aducido como causal independiente, sino incluido este aspecto dentro de los otros y además, se repite a las personas que no asistieron a las respectivas audiencias no se las declaró confesas, con lo cual solamente obran como prueba las declaraciones enunciatas.

“Y ésta se dice por cuanto, aceptando, en gracia de discusión, que no fuera menester la declaración de *confeso*, puesto que tal se desprendía en forma certera de la conducta de la parte no concurrente, se tendría que efectivamente se había reconocido en lo que hace relación a esta causal que el señor Jaime Faraón ‘proveyó a su crianza, vestuario y establecimiento y siempre reconoció a dichos menores como sus verdaderos hijos’ y que ‘todos los familiares, parientes y vecinos sabían que eran hijos del causante...’, esta apreciación conduciría a prueba general de una apreciación, pues en la *causa petendi* de la demanda no se dice en forma certera que el difunto hubiera proveído a la alimentación, vestuario, habitación y trato de padre, sino simplemente que los reconoció como verdaderos hijos sin señalar circunstancia específica de esta apreciación, sin decirse por ejemplo que proveía a su vivienda, compraba su alimento, los llevaba al médico, les compraba elementos esenciales para el vestuario, etc.

“Pero aún si se acepta que en la forma general presentada, con base en la prueba testimonial de parte y de terceros, y en el indicio de no haberse dado respuesta a la demanda, se encuentra probado este primer elemento imprescindible para entender demostrada la posesión notoria de estado, deben ser estudiados los restantes requisitos ya que el querer legal no es dispositivo, no es que se pruebe uno u otro supuesto, sino que a plenitud se demuestren todos ellos.

“*Fama.* ¿En qué consiste este segundo elemento? En que todo el vecindario en general haya considerado a los presuntos hijos como verdaderos del presunto padre. Obran al respecto las mismas pruebas anunciadas para demostrar el anterior elemento: Confesión ficta y declaraciones de terceros.

“La primera: Y vuelve y se anota que aún aceptando no requerirse de declaración de confeso especial, conduce a que se deduzca confesión por cuanto ‘todos los familiares, parientes y vecinos, sabrán que eran hijos del causante...’.

“Y así lo dicen los testigos que declararon en esta instancia, aun cuando no en forma clara.

“Y ha de anotarse que no está aceptando la Sala en forma cabal la suficiencia de esta prueba. Simplemente se está casando a valorar por una parte el dicho testimonial, pues no fueron tachadas estas declaraciones ni por falsedad ni por sospechas en el término legal para hacerlo; se está igualmente dando valor a la circunstancia de no haberse respondido la demanda y a la renuncia a comparecer la parte citada, ello simplemente. Pero tales conclusiones no implican en forma alguna que se desconozca que para probar posesión notoria de estado no es suficiente la demostración de uno solo de sus elementos, o de dos de ellos. Se requiere la prueba cabal y plena del conjunto trinitario que ella implica y por ello se analiza a continuación la última circunstancia.

“*Tiempo.* Ya se ha visto que la Ley 75 de 1968 prevé que el trato y la fama de cualquier estado civil debe durar cuando menos cinco (5) años.

“Para apreciar este aspecto se continúa sobre la prueba ya analizada y se tienen además en cuenta:

“a) El registro de nacimiento de folio 10 del cuaderno número 1, según el cual el menor Jaime Orlando Ortiz, nació el 16 de julio de 1973; el de folio 11 *ibidem*, según el cual Héctor Alfredo nació el 24 de noviembre de 1975 y finalmente, para demostrar nacimiento, existencia de los menores demandantes, el registro de folio 12 en donde aparece Bibiana Elvira, llegando al mundo el 19 de febrero de 1977;

“b) Registro de defunción del presunto padre;

“c) Indicios y pruebas testimoniales antes indicadas al estudiar otros aspectos.

“Como coincidencia curiosa el señor Jaime, presunto padre, falleció cuando su presunto hijo mayor cumplía 12 años, el mismo día, y de haber habido certeza plena sobre el trato y la fama, como elementos esenciales para entender demostrada la posesión notoria de estado conforme al artículo correspondiente, el 9º de la Ley 75/68, no habría habido problema alguno con relación a este menor. Pero indudablemente que en la forma vaga y genérica que sobre el factor tiempo habla la demanda por una parte, y las declaraciones recibidas por otra, no puede obtenerse tal certeza sobre este factor primordial.

“Y si ello es así, si por razones de fuerza mayor que no admiten la menor discusión, los otros dos menores, ni siquiera tuvieron ocasión de pensar en recibir los beneficios de tales trato y fama durante 5 años, pues del tiempo transcurrido a partir de su nacimiento al deceso de la persona señalada como su padre aparece un lapso sino inferior, se sigue sin la menor duda que esta causal tampoco está llamada a prosperar”.

Finalmente el Tribunal afirmó que otra causal, que se alegó en la demanda, o sea, la contenida en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, tampoco goza de respaldo probatorio.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera de casación, los que serán estudiados conjuntamente.

Cargo primero.

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto de los artículos 92 del Código Civil, 6 numeral 4 de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de derecho y de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Aborda la censura prioritariamente el yerro de valoración y, una vez que resume lo dicho por el Tribunal respecto de la causal por relaciones sexuales en el sentido de que no aparece acreditada, en razón de que la declaración de parte de los demandados no puede tomarse como confesión por la ausencia de la declaratoria de confeso, no haberse allegado interrogatorio y no ser casuista la demanda, se da a la tarea de precisar los alcances del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, para concluir que de "lo dicho se desprende cómo la norma en comentario" no exige la declaratoria de confeso, ni que la demanda sea casuista, por lo que el *ad quem* "violó el citado artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, al interpretarlo erróneamente, pues de una parte una exigencia que no consagra, como es la declaratoria de confeso y, aun estando cumplida, darle un alcance que no tiene, como es la necesidad de interrogatorio escrito o la demanda casuista, negándole así el valor de confesión ficta que ese texto consagra y que implica presumir ciertos los hechos de la demanda, de los cuales se desprende las relaciones sexuales ocurridas entre Flor María Ortiz y Jaime Faraón Rodríguez por la época en que se produjo la concepción de los demandantes.

En seguida la censura se ocupa del yerro de facto y, una vez que destaca lo dicho por los declarantes Jorge Humberto Palacios, Luis Felipe Mancera y Excelino Velásquez, concluye que los "testimonios mencionados concuerdan en cuanto a que Flor María y Jaime Faraón vivieron como marido y mujer desde aproximadamente 1970 hasta cuando éste murió, el 14 de julio de 1979, por qué circunstancias los conocieron y trataron, así como el nacimiento de los tres hijos", ocurridas entre 1973 y 1977.

Los recurrentes rematan el cargo afirmando que si el *ad quem* no hubiese cometido los yerros de valoración y de facto señalados, habría reconocido el estado civil reclamado por los demandantes por la causal referente a las relaciones sexuales y, por ende, habría aplicado las normas sustanciales señaladas al comienzo del cargo.

Cargo segundo.

Por éste denuncia quebranto indirecto de las mismas normas señaladas en el cargo precedente, por el mismo sentido, pero concretando la acusación a errores de derecho sobre la confesión ficta, el cual desarrolla sobre los mismos planteamientos del cargo anterior.

Cargo tercero.

Lo hace consistir en quebranto indirecto de las mismas normas indicadas en los cargos anteriores, pero circunscribiéndose la censura a repetir los errores de hecho desarrollados en el cargo primero.

Cargo cuarto.

Por este último acusa la sentencia del Tribunal de infringir el artículo 6º, numeral 5 de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de derecho y de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

SE CONSIDERA

1. *Según los antecedentes reseñados, el sentenciador de primer grado sólo encontró demostrada, de las diferentes causales alegadas por el demandante en su demanda, la atinente a la posesión notoria del estado de hijos extramatrimoniales de los demandantes respecto de Jaime Faraón Rodríguez Velásquez. De esta decisión sólo apeló la parte demandada, lo cual se traduce en que la materia litigiosa quedó circunscrita, en la segunda instancia, a lo desfavorable al recurrente, o sea, a la causal que encontró comprobada el a quo que se reitera, fue la referente a la posesión notoria del estado civil.*

2. *Aunque innecesariamente el Tribunal se refirió a las diferentes causales alegadas, lo cierto fue que centró su estudio a la que ciertamente correspondía y era propia del recurso, o sea, a la posesión notoria, para concluir, a diferencia del a quo, que los presupuestos que la configuran, no estaban acreditados en el litigio.*

3. *En este orden de ideas, habiendo quedado limitada la litis a la causal por posesión notoria, que el Tribunal no encontró acreditada, los recurrentes en casación al haber montado el ataque a la sentencia del ad quem, por la causal primera, para que les resultara pertinente y, por ende, ajustado a la preceptiva técnica, debieron haber combatido la conclusión a que llegó el Tribunal sobre la deficiencia probatoria de la causal o presunción de paternidad por posesión notoria, puesto que a este preciso punto quedó limitado la competencia en la segunda instancia.*

4. *Empero, como se desprende del resumen de los cargos, los recurrentes, en lugar de combatir la conclusión central de la decisión del Tribunal, o sea, la denegativa a la pretensión de los demandantes por no aparecer demostrado su status de hijos extramatrimoniales de Jaime Faraón Rodríguez, por posesión notoria y, por ende, señalar como quebrantados los preceptos sustanciales que tienen que ver con esta causal, dirigieron el ataque a puntos diferentes.*

5. Lo dicho, es suficiente para concluir que los cargos, tal como fueron formulados, no se abren paso.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 27 de julio de 1984, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PATERNIDAD NATURAL

Efectos de la sentencia.

Produce dos clases de efectos: en relación con el estado civil del demandante, y en relación con el patrimonio del presunto padre.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., 21 de noviembre de 1986.

Entra la Corte a decidir el recurso de casación propuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario seguido por Isabel Beltrán de Zapata en frente de Alvaro Jaime Jiménez Acosta, una vez cumplida la etapa de reconstrucción del expediente que se incinerara como consecuencia de los trágicos acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

I. EL LITIGIO

La señora Isabel Beltrán de Zapata demandó por los trámites de un proceso ordinario a Alvaro Jaime Jiménez Zapata, que por reparto conoció el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, para que se hicieran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

“*Primera*. Que la señora Isabel Beltrán de Zapata, es la única persona llamada a recoger la herencia dejada por el señor Carlos Augusto Acosta Flórez, en su calidad de hija natural reconocida, por cuanto que el causante no dejó descendientes legítimos, ni ascendientes, ni adoptivos.

“*Segunda*. Que como consecuencia de la anterior declaración, se disponga que el señor Alvaro Jaime Jiménez Acosta, queda totalmente excluido de la sucesión del mismo Carlos Augusto Acosta Flórez, la cual dicha causa mortuoria cursa en su despacho en cuyo proceso se le reco-

noció en su condición de sobrino legítimo del desaparecido y por derecho de representación de la señora Elvira Acosta de Jiménez, hermana del muerto y madre del demandado.

“*Tercera.* Que en las anteriores condiciones, es la señora Isabel Beltrán de Zapata, quien viene a desplazar a quien o a quienes hasta ahora intentan llevarse los bienes relictos, ocupando entonces ella el lugar jurídico, patrimonial y procesal que hasta ahora ha tenido Jiménez Acosta, por ser aquélla de mejor derecho que éste.

“*Cuarto.* Que se condene al demandado a la restitución de todos los bienes muebles e inmuebles que se encuentran relacionados en la demanda.

“*Quinta.* Que se condene al demandado a restituir todos los frutos civiles y naturales que el mismo señor Alvaro Jaime Jiménez Acosta ha venido percibiendo desde la muerte del padre natural de mi poderdante hasta cuando la devolución se cumpla..

“*Sexta.* Que se condene al señor Alvaro Jaime Jiménez Acosta, a pagar, *in genere*, todos los perjuicios que con su intento de adjudicarse los bienes herenciales, le haya ocasionado a la demandante y pagos que han de hacerse a Isabel Beltrán de Zapata, cuando se hayan liquidado.

“*Séptima.* Que se condene al demandado al pago de las costas y costos procesales”.

Los hechos los presentó la demandante así:

“1. El día 24 de octubre de 1970, dejó de existir en esta ciudad el señor Carlos Augusto Acosta Flórez, y su correspondiente proceso de sucesión fue abierto y radicado en el Juzga (sic) Veinte Civil del Circuito, habiéndose reconocido en principio a la señora Ana Bertha Acosta Vda. de García, en su condición de hermana legítima, pues el causante murió célibe y no dejó descendencia legítima, ni ascendientes ni adoptivos.

“2. En el mismo sucesorio fue reconocido el señor Alvaro Jaime Jiménez Acosta, por derecho de representación de su progenitora Elvira Acosta de Jiménez, y en su condición de sobrino legítimo del causante; pero por virtud de una nulidad declarada la señora Ana Bertha, ya citada, quedó retirada de la sucesión y solamente quedó Alvaro Jaime Jiménez Acosta.

“3. Mientras todo esto sucedía, la señora Isabel Beltrán de Zapata formuló demanda contra la misma señora Ana Bertha como persona iniciadora de la sucesión, para que por los trámites pertinentes se le reconociera como hija natural del desaparecido señor Carlos Augusto Acosta Flórez, y, el juzgado de conocimiento así lo dispuso en sentencia confirmada por el Tribunal Superior y no casa luego por la honorable Corte Suprema de Justicia.

“4. Prevalida de esta situación, y de la de surtimiento de los efectos patrimoniales que igualmente se dispuso en su favor, la señora Isabel Beltrán de Zapata acudió a la sucesión de su padre natural Carlos Augusto Acosta Flórez y en incidente de exclusión venció en primera instancia al sobrino reconocido; pero esta determinación fue revocada a la postre por el honorable Tribunal al considerar que el conocido Alvaro Jaime no fue demandado en esa oportunidad.

“5. Ante esta situación y por razón del reconocimiento de hija natural que la justicia hizo de la señora Beltrán de Zapata y respecto de su padre Carlos Augusto, con repercusión patrimonial en sus bienes, la aquí demandante queda colocada en un orden sucesoral de mayor jerarquía que le permite ejercer sus derechos para reclamar toda la herencia, excluyendo a los colaterales, quienes por ministerio de la ley no pueden compartir los bienes relictos por existir descendencia natural.

“6. Es bien sabido que los órdenes sucesorales prefieren la descendencia aun cuando sea ella natural, si ésta no existe, viene la ascendencia y sólo a falta de esta segunda quedan opeñonados los colaterales para que se les adjudique el patrimonio dejado por el fallecido. Por lo tanto, el señor Alvaro Jaime Jiménez Acosta quedó desplazado por la hija natural al reconocérsele como tal y por ende sin ninguna vocación hereditaria.

“7. El demandado Alvaro Jaime Jiménez Acosta, se encuentra ocupando parte de los inmuebles pertenecientes a la sucesión y que están determinados en la demanda”.

El demandado, luego de atendida la notificación del auto admisorio respectivo, dio contestación oponiéndose a las pretensiones, admitiendo los cuatro primeros hechos, pero negando los restantes.

Agotado el trámite de primera instancia el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia de 29 de mayo de 1983, según refiere la sentencia del Tribunal, negó las súplicas de la demanda y oficiosamente decretó la caducidad de los efectos patrimoniales en relación con el señor Alvaro Jaime Jiménez Acosta.

Inconforme la demandante interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá, que por sentencia de 16 de diciembre de 1983, revocó el fallo recurrido y en su lugar dispuso declarar “en virtud de los efectos provisionales que tiene la sentencia de filiación extramatrimonial que obtuvo la señora Isabel Beltrán de Zapata, respecto del señor Carlos Augusto Acosta Flórez, tiene mejor derecho que el demandado Alvaro Jaime Jiménez Acosta en la sucesión de su padre, desplazándolo de la misma conforme a las reglas que establecen los órdenes hereditarios; denegar las demás pretensiones y con condena en costas al demandado en ambas instancias”.

Contra la sentencia del Tribunal propuso el demandado el remedio extraordinario de la casación, del que se ocupa ahora la Corte.

II. EL FALLO IMPUGNADO

Comienza, en sus consideraciones, el Tribunal con indicar las pretensiones de la demandante para que se le reconozca como única heredera del causante Carlos Augusto Acosta, en su condición de hija extramatrimonial reconocida por sentencia judicial, con exclusión del demandado, tenido como heredero en representación de la señora Elvira Acosta de Jiménez, hermana legítima del causante, y a la restitución de los frutos y a los perjuicios causados.

Recuerda que en la sucesión mencionada la demandante obtuvo el reconocimiento de hija extramatrimonial del causante, pero se le negó el mejor derecho alegado, en consideración a que la sentencia de filiación sólo produce efectos patrimoniales respecto de las personas vinculantes al proceso, por cuanto éste se adelantó contra otra persona (Ana Bertha Acosta Vda. de García) como única heredera reconocida en la sucesión de Carlos Augusto Acosta.

Hace, en seguida, esta precisión:

“La calidad de hija extramatrimonial del causante la demostró la actora con la sentencia que le reconoció su estado civil, la cual se registró debidamente; como consta en el acta obtenida a través de la insistencia oficiosa de esta Corporación.

“No hay duda de que esa providencia, como constitutiva de dicho estado civil, produce efectos *erga omnes*, pues no se concibe que la demandante sea hija extramatrimonial del señor Carlos Augusto Acosta, respecto de algunas personas y no lo sea en relación con otras.

“Tampoco se puede desconocer que la demandante, como hija extramatrimonial del causante, es heredera de mejor derecho frente al demandado, quien obra en representación de su fallecida madre, hermana a su vez del *de cuius*, puesto que la Ley 45 de 1936, plenamente vigente cuando se defirió la herencia, consagraba un orden hereditario preferencial, el cual se mantiene con la Ley 29 de 1982”.

Advierte que “fallecido el padre antes de iniciarse la acción de filiación, ésta se debe dirigir contra sus herederos, con aplicación al principio de que éstos representan al causante, pero según el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, los efectos del fallo sólo son oponibles a los herederos litigantes que han sido vencidos. El alcance de esta disposición es el que se controvierte en el proceso, pues en la acción de filiación adelantada por la demandante no se vinculó sino a la heredera reconocida hasta ese momento en la sucesión, faltando por demandar a los demás, conocidos o no”.

Pero, a continuación, asevera que si bien es cierto que la sentencia de filiación se obtuvo “frente a un determinado heredero de la sucesión”, no por ello deja de tener eficacia ante los demás, tal como lo sostuvo la Corte en sentencia de 4 de octubre de 1976, para lo cual transcribe el fragmento que se vuelve a reproducir:

“Esta Corporación, por su parte, expresó en sentencia del 31 de julio de 1936 (XLIV, 105) que, ‘como lo explican Colin y Capitán (t. I num. 342), ciertas decisiones judiciales relativas al estado civil (como la declaratoria de heredero que obtuvo N. N.) tienen un efecto *provisional*, mientras no se demuestre que reposan sobre hechos inexactos o sobre pruebas insuficientes. . . La decisión judicial tiene entonces un valor análogo al de las pruebas ordinarias en materia de filiación, acta de nacimiento, posesión de estado por ejemplo. Esas pruebas *hacen fe provisionalmente*, pero quien discute la autoridad de ellas puede destruirlas aportando pruebas contrarias. . . Dentro de esta concepción las decisiones dadas en materia de estado no tendrían, con respecto a terceros, la auto-

ridad de cosa juzgada en el sentido de que no bastaría invocarlas para cerrarles la boca a las partes representadas en la instancia, que quisieran discutir los resultados, pero *harían fe provisionalmente*” (Subrayadas de la sentencia).

“De todo lo anterior se deduce rectamente:

“a) Que la sentencia de declaratoria de filiación natural proferida con audiencia de algunos de los herederos, entre ellos el cónyuge del legítimo contradictor difunto produce efectos relativos respecto de los demás herederos no comparecientes al proceso; es decir, que respecto de estos últimos la sentencia en mención no tiene la autoridad de cosa juzgada;

“b) Que sin embargo, tal sentencia tiene efectos provisionales mientras los terceros interesados no la impugnen victoriosamente; tales terceros, herederos no comparecientes, para hacer desaparecer dichos efectos provisionales, deben demostrar, en proceso contradictorio, que la aludida providencia se basó en hechos inexactos o en pruebas inexistentes, como tendrían necesidad de hacerlo para desvirtuar una partida de estado civil, a la cual se equipara. Es decir, deben litigar contra la sentencia que declara el estado civil de hijo natural; mientras así no suceda, la declaratoria una vez registrada en el competente libro de registro de estado civil, produce todos sus efectos jurídicos, civiles y económicos”.

Concluye el Tribunal, armonizando la doctrina de la Corte, que “dado ese carácter provisional de la sentencia de filiación respecto al demandado y no encontrándose acreditado que se hubiera impugnado victoriosamente por éste, debe producir sus efectos de todo orden y en consecuencia son viables las declaraciones pedidas en la demanda, debiéndose revocar la providencia apelada para recogerlas sin reserva”.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

En cargo único presenta el recurrente la acusación de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de infracción directa de los artículos 1047 y 1321 del Código Civil, numeral 4, del Código de Procedimiento Civil y 7º del Decreto 1260 de 1970, por aplicación indebida, y los artículos 17, 401, 402, 403 del Código Civil y 10, incisos 1 y 4 de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación.

En el desenvolvimiento de la censura transcribe el aparte del fallo que dice que la sentencia de filiación es constitutiva de dicho estado civil y produce efectos *erga omnes* para criticar la calificación de constitutiva que allí se consigna, cuando es meramente declarativa y de ahí que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 “hable de que la sentencia que declare la paternidad... no producirá efectos patrimoniales...”. Por eso pide que se haga la correspondiente rectificación.

En esa misma línea crítica asevera que la Corte, con fundamento en los artículos 401, 402 y 403 del Código Civil, “sólo la sentencia que declare la filiación en proceso adelantado contra el padre natural, produce efectos *erga omnes*, y que la proferida frente a los herederos sólo pro-

duce efectos relativos, sin que esto afecte el principio de la indivisibilidad del estado civil”.

Cita en apoyo a su impugnación una sentencia de esta Corporación de 24 de abril de 1972. E inmediatamente transcribe un pasaje de la sentencia que sirvió de sustento al Tribunal —de 4 de octubre de 1976—, para sostener:

“De esta suerte, la afirmación hecha por el sentenciador de que la sentencia que declaró la filiación extramatrimonial de la demandante frente a una heredera del presunto padre natural, produce efectos *erga omnes*, que constituye uno de los soportes de su decisión, viola ostensiblemente los preceptos citados en los fallos de la Corte a que se ha hecho referencia, fallos que la contradicen fundamentalmente”.

Sentadas las bases críticas sobre la procedencia de los efectos *erga omnes* de la sentencia de filiación acomete el estudio sobre la inoponibilidad de las sentencias respecto de personas que no fueron parte en el proceso donde se profirió, y aduce:

“Síguese de lo dicho que por virtud de la sentencia que declaró la paternidad de Carlos Augusto Acosta respecto de la demandante, ésta tiene la calidad de hija extramatrimonial frente a todos los herederos. Pero no puede hacer valer los efectos patrimoniales de ese fallo sino en relación con la heredera que fue parte en el proceso de filiación. El demandado Alvaro Jaime Jiménez Acosta, por no haber sido parte en dicho proceso, no tiene por qué ver mermado su derecho herencial ‘para integrar la participación que corresponde al actor victorioso’, según palabras de la Corte. Y si esta fue la conclusión a que llegó la Corte desde el año de 1948, cuando no existía texto expreso que le negara a esa clase de fallos sus efectos patrimoniales, hoy se impone con caracteres de axioma frente al mandato perentorio del artículo 10 de la Ley 75 de 1968: ‘La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, *no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio*, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción’. (Subrayo). De consiguiente, jamás puede producirlos contra quienes no fueron parte en el proceso de filiación”.

Más adelante expresa el censor alrededor del artículo 10, inciso final:

“Lo cual significa que *jamás producirá efectos contra quienes no fueron parte en el proceso de filiación*, ni contra los que habiendo sido parte no fueron notificados del auto admisorio de la demanda dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre natural. Esta es, a mi juicio, la recta interpretación del artículo en cuestión. La tesis del Tribunal de que el fallo que declara la filiación *produce efectos en contra de quienes no fueron parte en proceso*, contradice abiertamente el precepto transcrito, así se diga que los produce provisionalmente, puesto que la ley no distingue, y, por lo mismo, no le está permitido al intérprete hacer distinciones. Si esa declaración de paternidad no surte efectos patrimoniales contra los herederos demandados, cuando se les notifica el auto

admisorio después de dos años de fallecido el presunto padre natural, mucho menos puede producirlos contra quienes no fueron demandados”.

Por último, se esfuerza el casacionista en mostrar su inconformidad con una de las apreciaciones de la sentencia de la Corte que le sirvió de apoyo conceptual al juzgador *ad quem* sobre los efectos patrimoniales de la sentencia de filiación, y afirma con tal propósito:

“Con el respeto que le es debido a las decisiones de la Corte, considero que la doctrina en referencia peca de arbitraria, pues la aplicación del artículo 10, inciso final, de la Ley 75 de 1968 se hace depender de que la demanda de filiación se pueda dirigir o no contra herederos indeterminados o desconocidos, siendo así que, según lo expresado en el fallo mencionado, cuando se expidió esa ley no se podía demandar a herederos indeterminados. Si a pesar de que en ese entonces no se podía, según la Corte, demandar a herederos indeterminados, el legislador dijo que la sentencia que declara la filiación natural no producía efectos sino contra quienes fueron parte en el proceso, no se ve razón valedera para que se aplique estrictamente en una hipótesis que por no existir a la sazón no la podía tener en cuenta el legislador, y que se deje de aplicar en la hipótesis que sí existía cuando se expidió la norma. A mi juicio, el precepto debe aplicarse de acuerdo con su tenor literal en todo caso, so pena de quebrantarlo por falta de aplicación, como aconteció en el caso *sub lite*”.

SE CONSIDERA

Como lo evidenció el recurrente, el Tribunal para hacer próspera la pretensión de la parte actora apoyó sus argumentaciones en el fallo de la Corte de 4 de octubre de 1976, como forma de entender y aplicar el mandato del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. En pocas palabras estimó que la declaratoria de hija extramatrimonial alegada por la demandante producía los efectos patrimoniales no sólo frente a la persona demandada y reconocida en el momento procesal como heredera del causante, sino que se extendía a todos los herederos y, como era obvio, al demandado, que resultó ser al final el único heredero del *de cuius*. Es decir, que los efectos de la cosa juzgada cobija en su doble aspecto: el de declaración de la filiación y el patrimonial sin distinción alguno.

Con todo, considera la Sala conveniente, como supuesto conceptual previo, hacer algunas precisiones tanto del precepto de marras como de la doctrina en comento.

Es indiscutible la apertura que hizo el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, al modificar el 7º de la Ley 45 de 1936, en cuanto superó la discusión de que sólo en vida del presunto padre se podía intentar la acción de filiación para conferirla, después de la muerte de aquél, contra sus herederos y su cónyuge, propuesta a instancia del hijo y, a falta de éste, por sus descendientes legítimos y ascendientes, para cerrar así el marco normativo.

Igualmente, el mismo precepto destaca como aspecto sobresaliente que la demanda de paternidad que se promueva después de fallecido el pre-

sunto padre no podrá afectar el ámbito patrimonial sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el proceso y únicamente si se notifica el escrito introductorio dentro de los dos años siguientes a la defunción. Entonces, se deriva como consecuencia: la sentencia que se pronuncie de declaratoria de paternidad, producirá plenos efectos en lo que atañe al estado civil, porque resulta inalterable mientras mantenga la fuerza de cosa juzgada, sean cual fueren las circunstancias de tiempo e intervención de herederos las que entren en la controversia. Empero, este criterio no se puede extender en los efectos patrimoniales, puesto que éstos sí están reservados en las condiciones de temporalidad y de sujetos anotados.

A las limitaciones de los efectos patrimoniales se le pueden hacer críticas en cuanto a cierta injusticia en la solución al ir en detrimento de un derecho, derivado de la calidad de hijo extramatrimonial. Sin embargo, el reparo que en esa línea se traza se desvanece si se armoniza con los textos legales procedimentales que superan esa sensación de inequidad que, en principio, se puede advertir, en cuanto merma el derecho herencial.

Si el presunto hijo tiene conocimiento de los herederos del padre causante contra ellos dirigirá la demanda. Y si son todos los efectos patrimoniales de la sentencia de paternidad los comprende a todos. Pero cuando apenas figuran unos y se cree que puede faltar alguno, el accionante convocará a los restantes, los indeterminados, mediante el emplazamiento. Esta previsión se localiza en la preceptiva del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil: "Demanda contra herederos indeterminados. Cuando se pretenda demandar en proceso de conocimiento a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se haya iniciado y cuyos nombres se ignoran, la demanda podrá dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad, y el auto admisorio ordenará emplazarlos en la forma y para los fines dispuestos en el artículo 318. Si se demanda a herederos determinados e indeterminados, procederá el emplazamiento de éstos".

Vale decir: la previsión del artículo 81, como oportunidad de vincular a todos los herederos, mediante el emplazamiento, constituye, en verdad, una medida de prudencia ante la inusitada situación del inciso in fine del artículo 10, puesto que absurdo sería que solamente se tenga que demandar a todos los herederos, conocidos o no, para que la sentencia de paternidad produzca los efectos patrimoniales, cuando puede acontecer que en un momento del proceso de sucesión estén reconocidos unos herederos (ab intestato o testamentariamente) y más adelante se cambie esa situación por cualquier razón o causa que así lo determine. También lo dijo esta Corporación en la mencionada sentencia de 4 de octubre de 1976:

"Si se demanda a herederos determinados e indeterminados, procederá el emplazamiento de éstos. Es decir, que hoy en día cuando se demanda la declaratoria de una filiación natural respecto de 'presunto padre muerto' cuyo proceso de sucesión no se haya abierto, se emplazará a los herederos desconocidos y, caso de no presentarse, se seguirán las actuaciones pertinentes con el curador ad litem que se les designe; pero si el proceso sucesorio, por el contrario, ya se ha iniciado, se adelantará el pleito

con los herederos reconocidos judicialmente y con los 'indeterminados', quienes serán emplazados. De esta manera y por cuanto el defecto procedimental anterior era notorio, se solucionaron las dificultades e injusticias de que se dio cuenta arriba".

Por eso, entiende la Corte que la sentencia que declare la paternidad mantiene toda su fuerza sobre el reconocimiento que provenga de la decisión, es decir, que el hijo extramatrimonial alcanza una calidad sin que pueda ser desconocida, sino judicialmente por los que no fueron parte en el respectivo proceso, o sea, que los efectos son de cosa juzgada provisoria, en ese sentido. De ahí que se pueda afirmar que el estado logrado extiende su eficacia frente a todos, mientras no se infirme por los medios legales. El hijo extramatrimonial, pues, adquiere esa calidad, sin que sea dable entender que lo es frente a unos y no ante todos. Eso sería absurdo, y la ley no puede prohijar esos desafueros. La sentencia es, en síntesis, prueba de la filiación. Así lo mencionó la Corte en la sentencia pretranscrita de fecha 4 de octubre de 1976.

Se insiste, pues, la sentencia de paternidad, de naturaleza declarativa positiva, no hace nada distinto a reconocer una determinada relación de derecho como resultado o consecuencia de un hecho de padre, creador de vínculos familiares y patrimoniales en la medida que se procure la acción en el tiempo y condiciones analizadas.

Ahora bien, el Tribunal dejó caer, como se dijo, sobre la sentencia de la Corte de 4 de octubre de 1976, todo el peso conceptual para reconocer las súplicas demandatorias, en cuanto entendió que esta Corporación admite los efectos patrimoniales de la sentencia de paternidad aun en relación con personas que no fueron partes en el respectivo proceso. Y esa apreciación, obliga ahora a la Corte a procurar las precisiones del caso.

En parte alguna, en la aludida providencia, se dijo que la sentencia de paternidad producía efectos erga omnes en materia patrimonial. No. La insistente posición doctrinaria descansa sobre la autoridad de la sentencia de reconocimiento de hijo extramatrimonial en lo que concierne al estado civil, o, más exactamente, a la prueba de la filiación. Y eso es así. La Ley 75 de 1968, artículo 10, concedió la oportunidad para que se tuviera como hijo natural después de fallecido el presunto padre, empero, no lo hizo extensivo a los aspectos patrimoniales en derredor de los que no fueron partes en el correspondiente proceso. Los efectos provisionales de la sentencia, a que se aluden en aquel fallo "mientras los terceros interesados no la impugnen victoriosamente" se refiere al estado civil, por ser una consecuencia inalterable hasta tanto no se infirme. Pero no en los patrimoniales, puesto que los alcances lo define con precisión el inciso final del artículo 10: "No producirá efectos (la sentencia de paternidad) patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción (del padre)". Claro está que frente a los herederos intervinientes en el proceso de filiación, la declaración de paternidad produce efectos económicos, tal como lo advierte la mencionada sentencia de la Corte de 4 de octubre de 1976.

Descendiendo al asunto *sub examine*, se hace ostensible, como resultado de la premisa conceptual, la equivocada apreciación del Tribunal que lo llevó a hacer viables las súplicas de la demandante y, por ende, a la violación de los textos sustanciales acusados por el recurrente.

Es decir, dejó de aplicar el último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, al restarle su verdadero alcance, en agravio de su mandato y de las otras disposiciones citadas por el casacionista; bien porque no las tuvo en cuenta o porque permitió que se aplicaran indebidamente las normas sobre órdenes hereditarios, petición de herencia, etc. Empero, para poder proveer sobre la sentencia de reemplazo será necesario que se aporte el fallo del *a quo*, para lo cual oficiosamente se decretará para ser traído al proceso.

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 16 de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por Isabel Beltrán de Zapata contra Alvaro Jaime Jiménez Acosta, y antes de proferir sentencia sustitutiva que corresponda, se decreta:

Tráigase al proceso copia de la sentencia dictada por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá de fecha 29 de mayo de 1983, en el proceso ordinario antes mencionado (artículos 179 y 180 del C. de P. C.).

Sin costas en casación.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES INDEPENDIENTES

Competencia.

La acción indemnizatoria por los perjuicios causados corresponde a la jurisdicción civil a través del procedimiento ordinario, y no a la jurisdicción laboral, la que sólo conoce de lo relacionado con el pago de los honorarios y otras retribuciones derivadas de los servicios profesionales prestados.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Del médico.

Generalmente las obligaciones que adquiere tienen origen contractual. Se adquieren obligaciones de medio. Causales de exoneración. En relación con la cirugía estética debe establecerse cuál fue la obligación expresa que adquirió el médico.

ACCION RESOLUTORIA

Obligaciones de hacer.

Es presupuesto de esta acción que la obligación no se haya cumplido. Si el demandado cumplió con sus obligaciones aunque en forma deficiente o imperfecta, la acción indicada no es la resolutoria, sino la indemnizatoria por los perjuicios causados por el dolo o la culpa con que se ejecutó.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Demanda en forma.

El desacierto en que se incurra al hacer la relación de los fundamentos de derecho que se invoquen, no configura inepta demanda.

*Corte Suprema de Justicia**Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

Bogotá, D. E., 26 de noviembre de 1986.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de julio de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Mary Cielo Marín Penagos contra Alfredo Nicolás Chain Igha.

I. EL LITIGIO

1. Ante el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, la citada demandante convocó a proceso ordinario de mayor cuantía a Alfredo Nicolás Chain Igha, para pedir que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el demandado quien, mediante un contrato de prestación de servicios profesionales, se obligó a practicarle una intervención quirúrgica en la cara denominada "Ridectomía" o "Ritidectomía", una "Rinoñastía" y corrección de las bolsas parpebrales superiores, "con el propósito de embellecerla y realizar un estiramiento facial para disminuir las flacideces de los tejidos", "cumplió parcialmente" dicho contrato, puesto que en cambio de mejorar su fisonomía le causó daños y perjuicios gravísimos en su salud física, psico-moral y estética.

b) Que éstos se debieron a la negligencia, imprudencia, culpa grave e irresponsabilidad con que obró el demandado, "que no se compaginan con la actividad profesional de un médico esteta".

c) Que, en consecuencia, debe indemnizar a la actora por los daños descritos en los hechos expuestos en la demanda, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo ordene, y cuya cuantía determina así: "Un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) por haber 'cumplido en forma parcial' el contrato pactado con ella y por haber causado los daños ya dichos. b) Un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) por los daños causados en su salud estética y por la omisión de embellecerla. c) Doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) por los daños morales y quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) por los daños o perjuicios de carácter económico causados a la demandante o el valor que el señor Juez determine".

d) Que se condene en costas al demandado.

2. Los hechos en que se fundamenta el *petitum* en seguida se sintetizan:

a) El 20 de octubre de 1975 Mary Cielo Marín Penagos y Alfredo Nicolás Chain Igha celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales, mediante el cual éste se obligó con aquélla a practicarle en el rostro la intervención quirúrgica antes referida.

b) En el lenguaje empírico o vulgar dicha intervención consistía en: “a) Suprimir las arrugas de las bolsas que aparecen debajo de los párpados, denominados ‘pategallinas’. b) Suprimir los pliegues que van de las alas de la nariz a los labios. c) Levantar las comisuras de los labios. d) Levantar la nariz. e) En general suprimir todas las arrugas faciales dando al rostro expresión de juventud y alegría”.

c) Los honorarios pactados por la intervención fueron de setenta mil pesos (\$ 70.000.00).

d) El demandado, que es, según su decir, especializado en cirugía plástica o estética intervino a la demandante el 18 de septiembre de 1975, con estos resultados nocivos: “cicatrices de consideración en la región preauricular, endurecimientos en la misma región preauricular y temporal, endurecimiento de todas las superficies de las mejillas; disminución de la sensibilidad de la hemicara izquierda, hipertrofia del cornete derecho, desvío y torcedura de los tabiques nasales y debajo del puente de los cornetes”. Por lo tanto, “incumplió parcialmente” sus obligaciones pues en cambio de embellecer a su paciente la desmejoró.

e) En el interrogatorio de 20 de octubre de 1977 el demandado confesó algunos de los hechos afirmados y faltó a la verdad cuando manifestó que la actora en el preoperatorio “le había llevado los exámenes de cuadro hemático, coagulación y sangría, grupo sanguíneo y orina”.

f) El profesional actuó con negligencia y descuido, puesto que se abstuvo de preparar a la demandante antes de intervenirla quirúrgicamente, de levantar su historia clínica, de practicar u ordenar los exámenes mencionados, de estudiar sus tejidos para prever su cicatrización y de estudiar los aspectos estéticos de la misma. “Realizó la intervención... a la buena de Dios”. Tampoco se preocupó durante el período post-operatorio “y a duras penas se limitó a formularle calmantes”.

g) A las quejas de la actora por el mal resultado de la intervención, se limitó el demandado a darle buenos consejos y recomendarle paciencia, como en las cartas de 20 de noviembre de 1975 y 20 de febrero de 1976, y a recomendarle masajes y pomadas. Le prometió además una rectificación quirúrgica de las heridas en los dos años siguientes a la intervención, pero no lo hizo ni ha hecho lo posible por hacerlo después de corrido el término referido.

h) Hace aproximadamente un año y en vista de que los daños permanecían, acudió la demandante ante el profesional para pedirle que la librara de sus males, pero éste no la atendió.

i) Además de los perjuicios causados en la salud física, ha sufrido la misma, grave daño psico-moral, pues permanece en estado depresivo y angustioso, lo cual le ha generado una neurosis permanente. Por la misma razón, se le ha disminuido su capacidad de trabajo con el consiguiente perjuicio económico, aumentado por la necesidad de acudir a otros médicos y de regresar de los Estados Unidos luego de romper las relaciones laborales que le eran tan benéficas en ese país.

3. En su contestación al libelo el demandado se opuso a las pretensiones de la actora y en cuanto a los hechos negó la mayor parte, aclarando que la intervención quirúrgica no pretendía corregir “las pategallinas” o

arrugas que se forman detrás de los ojos a los lados de la cara, sino las bolsas parpebrales debajo de los párpados, agregando que “los pliegues que van de las alas de la nariz a los labios no pueden suprimirse con ninguna clase de cirugía estética y tan solo se pueden disminuir”, pues su supresión daría al rostro una dimensión monstruosa, con la rinoplastia —continúa diciendo—, no se pretende únicamente “levantar la nariz”, pues depende de la clase de defecto estético que padezca la paciente... “Por lo demás, no se pueden suprimir todas las arrugas con la cirugía, sino disminuirlas. Afirma, de otra parte, que en dicha intervención ‘no se tocan los cornetes ni se altera el tabique’, cuya operación se llama ‘Septoplastia’, luego las deficiencias que en ellos presente la demandante tienen otra causa”.

Respecto de los honorarios pactados, expresa que aquélla aún le adeuda la suma de \$ 50.000.00.

Propone como excepción de mérito la “carencia de acción”, con base en que no procede la resolución del contrato cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, como es el caso de la demandante en relación con el pago de honorarios al demandado.

4. En virtud de que las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y de indebida acumulación de pretensiones, propuestas, por el demandado con base en que la actora no indicó si la indemnización de perjuicios que pretendía era consecuencia de la petición de cumplimiento del contrato incumplido o de su resolución, prosperaron, la demandante adicionó su demanda aclarando que la acción incoada no era la indemnizatoria fundada en el artículo 1546 *ibidem*, ya que se trataba de un contrato cumplido negligente e irresponsablemente, imposible de ser resuelto dada su naturaleza.

5. Mediante escrito de 28 de septiembre de 1979, Alfredo Nicolás Chain Igha presentó demanda de reconvencción, con el fin de que se declarase que él cumplió “el contrato de prestación de servicios profesionales” celebrado con la reconvenida el 18 de septiembre de 1979, al realizarle unas intervenciones quirúrgicas denominadas “Ritidectomía”, “Rinoplastia” y supresión de las bolsas parpebrales en su persona; que del precio acordado por sus servicios en setenta mil pesos (\$ 70.000.00) moneda corriente, sólo ha recibido veinte mil pesos (\$ 20.000.00) moneda corriente, hasta ahora de la demandada en reconvencción y que, por tanto, debe cubrirle el saldo dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia en que así se ordene, y finalmente que se le condene en costas.

Los hechos en que el demandante acude en reconvencción son los mismos del *petitum* de la demanda, agregando que en la demanda principal el apoderado de la parte actora Martín Penagos confesó la celebración del contrato en el hecho primero, el precio estipulado en el tercero y la ejecución del contrato de su parte en el quinto, confesión que es válida y obliga a la poderdante en virtud de lo dispuesto por el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil. Agrega que la demandante principal sólo ha probado haber pagado al respectivo demandado, la suma de veinte mil pesos moneda corriente, con el recibo expedido por éste y acompañado a la demanda. En consecuencia, debe cancelarle el saldo de cincuenta mil pesos moneda corriente.

En su contestación, la demandada en reconvenición acepta unos hechos y niega otros al manifestar que pagó toda la cantidad convenida al demandante y que no le debe los cincuenta mil pesos moneda corriente.

Propuso además como previas las excepciones de incompetencia y prescripción: fundamentó la primera en que las obligaciones que surjan de los "contratos de prestación de servicios" son de carácter laboral, y, por tanto, la reclamación sobre la suma de dinero que pueda deberle al demandante en reconvenición por concepto de los servicios médicos recibidos, debe ser ventilada por la vía ordinaria de la jurisdicción laboral y no por la civil.

En cuanto a la prescripción se indica que los honorarios de los médicos, causados por servicios profesionales, prescriben en tres años en virtud de lo dispuesto por el artículo 2542 del Código Civil y que, en consecuencia, en el evento de deberle algo, tal obligación estaría prescrita ya que el contrato fue suscrito en septiembre de 1975 y la demanda de reconvenición fue presentada el 28 de septiembre de 1979.

Como quiera que el *a quo* encontró fundadas las excepciones propuestas por la parte reconvenida, resolvió el incidente declarándolas probadas.

Tramitado el proceso en la primera instancia, con la práctica de las pruebas aduecidas por las partes, el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 14 de febrero de 1983, en que negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

6. Para resolver la apelación impetrada por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia de 3 de julio de 1984, revocó la decisión del inferior y en su lugar dispuso:

"2º DECLÁRESE que el demandado doctor Alfredo Chain Igha, mayor y vecino de esta ciudad, es civilmente responsable por incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, en la intervención quirúrgica que realizó en la persona de la señorita demandante Mary Cielo Marín Penagos, al practicarle la cirugía plástica 'Ridectomía o Ritidectomía', el ocho (8) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) en esta ciudad.

"3º CONDÉNASE en consecuencia, al mencionado demandado... a indemnizar *in genere*, los perjuicios de todo orden que le haya causado a la demandante... en la cuantía que se señale por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases dadas para tal fin en la parte motiva de esta providencia; y cuyo pago le hará dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la liquidación correspondiente.

"4º CONDÉNASE al demandado al pago de las costas generales del proceso. TÁSENSE.

"5º Sin costas el recurso, en virtud del éxito logrado...".

II. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Con un extenso relato de los antecedentes del proceso, en el que incluye además del *petitum* y la *causa petendi* de la demanda, la motiva-

ción de la sentencia de primer grado y los alegatos de los contendientes en la apelación incoada por la demandante, inicia el Tribunal su fallo, para luego entrar al estudio del recurso en el que observa, primero, que se reunieron los presupuestos materiales o condiciones de la pretensión, previa consideración sobre las normas legales que regulan la responsabilidad civil contractual y extracontractual y la graduación de la culpa, según el beneficio que se derive del contrato para el acreedor y el deudor, afirma que en el caso *sub lite* la naturaleza y modalidades de la convención que debía cumplirse, a pesar de implicar ejercicios pre y post-operatorios, "relieva una obligación de resultado, realizada como tal con un solo acto médico-quirúrgico".

2. Expresa a continuación, que dicha convención, aunque referente a la prestación de servicios profesionales, por su naturaleza no es una simple prestación de servicios que encaje en las normas de los capítulos VII y VII (sic) del Título 26 del libro 4º del Código Civil para la mera confección de obra, "dada la diferencia de ejecución de uno y otra; sino entre las resultantes de la coordinación literal y objetiva de los textos de los... artículos 63 y 1604, unidos a las demás reglas que constitucional y legalmente norman las relaciones patrimoniales de los asociados".

3. Tal es la normativa que tutela sustancialmente los derechos de las partes en la precitada convención, dice el *ad quem*, ya que ésta asume los requisitos del artículo 1502 del Código Civil y el valor que el artículo 1602 reconoce al pacto legalmente celebrado por aquéllas, invalidable solamente por el mutuo consentimiento de los contratantes o por causas legales, como también se desprende del mismo precepto y del artículo 1625 *ibidem*.

4. Se refiere luego a las excepciones previas, cuya decisión sólo vinculó al Juzgado respecto de la declaración de incompetencia para el juzgamiento y solución de dos de sus pretensiones, "y, por lo mismo del pronunciamiento sobre la prescripción extintiva, porque, precisamente, el proferimiento favorable a la incompetencia, le hizo intocable la defensa dicha, como utilizable únicamente frente al ejercicio de la acción a la cual se opone, y en el evento postulable exclusivamente ante la justicia laboral. Y como ese incompetente pronunciamiento no puede prevalecer, debe dejarse a salvo el derecho agraviado, entre los ordenamientos de este fallo".

5. Con la declaración extra proceso rendida ante el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá el 21 de octubre de 1977 por el demandado, encuentra el Tribunal demostrado que el objeto del contrato era el de corregir las imperfecciones de la nariz que presentaba la demandante, de la boca, de las mejillas y de la parte anterior de las orejas, ya que los artículos 175, 194, 195, 208 y 294 del Código de Procedimiento Civil "confieren a una respuesta como la mencionada la calidad de plena prueba pues le dan el carácter de confesión judicial". Sin embargo, el propósito de que la intervenida quedara con apariencia "de juventud y alegría" no pudo establecerse en la misma forma, por cuanto el interrogado no estuvo de acuerdo cuando con la pregunta se le imputó que en lugar de embellecerla le produjo fealdad y desagrado faciales.

6. La ejecución de la cirugía contratada está reconocida por la demandante, "como parcialmente cumplida por el demandado", ya que éste

por su negligencia, imprudencia y descuido, tanto en el período pre-operatorio como en el posterior a la intervención, le causó grave daño. También con la historia clínica de la paciente se demostró dicha ejecución.

7. Respecto de la capacidad profesional del mismo demandado, manifiesta el juzgador, que al ser preguntado en el interrogatorio precitado sobre la causa de los nocivos resultados de la intervención, no indicó la entidad que lo graduó ni el número de su registro médico, ni tampoco su antigüedad, habiendo sido los peritos quienes informaron sobre su grado en la Argentina y su inscripción en el país, por haber encontrado los respectivos documentos en los archivos de aquél, los que por no haber sido aportados al proceso dejaron sin respaldo técnico y científico la intervención; sin embargo, "por tratarse de un facultativo ampliamente conocido, se aceptó".

8. Aunque en el tiempo transcurrido entre la fecha de la primera consulta y concertación del acuerdo, 27 de agosto de 1975, y la de la intervención quirúrgica en la Clínica San Diego, el 8 de septiembre siguiente, ha debido prepararse la paciente con la práctica de los acostumbrados exámenes constitutivos del cuadro hemático, determinante de la factibilidad de dicha cirugía, y no se realizó dicha preparación, dice el *ad quem*, porque como puede observarse: 1) ni se trajo al proceso ni se procuró la prueba de inmediación que lo hubiera hallado en la referida clínica; 2) en la copia de la historia clínica, en que consta la intervención y la estadía de la demandante en los días 8 y 10 de septiembre de 1975, día de salida "con evolución satisfactoria del post-operatorio", no aparece tal examen ni se da cuenta de su existencia, no obstante que el demandado dice que la paciente le llevó *por su cuenta* exámenes "de cuadro hemático, coagulación y sangre, grupo sanguíneo y orina", pues él no los ordenó; 3) *aunque los peritos aluden a dichos exámenes y los toman como base de su concepto, no informan dónde los consultaron*; 4) no consta que el demandado hubiera advertido a la paciente de cómo iba a ser su salud después de la intervención, para que ella no se quejara ni se intranquilizara por la ocurrencia de las subsiguientes dolencias; sobre este aspecto sólo se tiene la afirmación del médico, dice el fallador; 5) tampoco le advirtió sobre el tiempo que debía durar el período post-operatorio, "con cuya conclusión alcanzara los propósitos de su contrato"; 6) no ubicó el doctor Chain a su paciente, señorita Marín Penagos en la sede de su ejercicio profesional, siendo trascendental en la clase de operación practicada; de *resultado prolongado*, la vigilancia de su evolución y el cuidado médico; no está demostrado que ella hubiera desatendido tal exigencia, pues dos meses después, el 11 de noviembre del año citado, ya se encontraba en Estados Unidos; 7) no aparece demostrado que el médico le hubiera dado instrucciones a la actora o las hubiera dejado consignadas en su historia clínica para que ella las conociera, ni que se las hubiera dado al salir del país, sobre el tratamiento a seguir después de la intervención. Incurrió, por tanto, el doctor Chain en culpa por negligencia y descuido, y en imprudencia al confiar que nada pasaría.

9. Si lo anterior, afirma el Tribunal, "podría conducir por sí solo a la imputación de una culpa leve, primordialmente por la imprudencia, pudiéndose agravar la culpa con las demás circunstancias post-operatorio-

rias...”, los hechos que a continuación se señalan permiten determinar la agravación de la culpa por los daños irrogados por el demandado a la demandante:

a) La doctora Ana Isabel Muñoz de Pinilla, médica auxiliar de la justicia, quien, presentó su registro profesional fuera de proceso, siendo esta calidad un indicio, suministra información importante sobre los hechos con la confirmación de un profesional de medicina interna, como ésta: que al examinar a la demandante le halló mediante palpación directa, “dolores en el cuero cabelludo del hemicráneo izquierdo; en la hemicara izquierda, más intensos desde el pómulo derecho a región auricular izquierdo, con limitaciones de rotación hacia la derecha de cabeza (sic); y en el hemicuello, más intenso hacia la región auricular izquierda y también por ligera desviación del tabique nasal hacia la derecha”.

b) El profesional Juan José Navia Velasco, cuya confirmación pidió la anterior, siendo ésta también un indicio para efectos probatorios, del reconocimiento personal que hizo a la demandante el 3 de octubre de 1977, dos años después de la mencionada cirugía, manifestó: “en la actualidad se queja de dolor en la hemicara izquierda en forma permanente y especialmente al tratar de voltear la cara y acompañado de sensación de tirantez”; que relata ‘epistaxis de la fosa nasal derecha... infecciones en el mismo lado’ y la halló lúcida, en buen estado nutricional; en la cara ‘no se aprecia desviación de ésta, sólo una cicatriz con presencia de queloides en regiones pre-hipertroauriculares... disminución muy ligera de la sensibilidad de hemicara izquierda, hipertrofia del cornete derecho y una pequeña erosión de mucosa nasal del mismo lado...’.

c) Dirigió la intervenida el 11 de noviembre de 1975 desde Cambridge, Estados Unidos, una carta al demandado, para informarle que su estado de salud después de la cirugía no había mejorado: que la hinchazón de detrás de la oreja persistía; que los turupes de detrás de la oreja derecha estaban muy duros, lo que hacía pensar la necesidad de romperlos; que salieron vejigas de pus en la parte de arriba y como le punzaban tuvo que acudir donde un médico que se las trató con antibióticos, pero que como el turupe sigue mal y ha tomado un color morado, le pide que le diga si puede esperar a su regreso para que él mismo la atienda o si entonces sería muy tarde. Le pide también que le formule algo para disolverlo. Respecto del turupe de la otra oreja dice estar mejor, pero no la siente y también la mejilla “está muy dura y turupada” especialmente debajo del lóbulo. Por último, le pide que le diga lo que debe hacer y “que le perdone que le hubiera salido tan mala paciente, pues *ni ella misma sabía qué problemas se le iban a presentar*”, que está ‘muy triste’ de ver que ‘no se mejora’, que su estado la está ‘achicopalando’.

d) Respondió el demandado la carta anterior con la suya del 20 de noviembre del mismo año, diciéndole que no se “achicopale”, “pues ‘desafortunadamente la reacción de su organismo no le ayudó’ para el buen post-operatorio que ‘esperaba’, pero que ninguno de los malestares que le cuenta son graves y desaparecerán con un poco de tiempo y su cooperación;...”. Le recomienda tres masajes diarios y el uso de una pomada y le ruega que en dos meses le informe los resultados.

e) El 31 de enero de 1976 la paciente le escribe al médico, comunicándole que está mejor del lado derecho pero que el izquierdo sigue mal, pues

está hinchado aún, la mejilla tiene áreas duras y cuando se voltea a la derecha parece que la tiraran con cables hacia el otro lado y no se puede tocar la oreja pues cuando lo hace parece que le clavaran alfileres por toda la mejilla. Además le informa que el médico de Cambridge opina que son los nervios de ese lado; que el turupe de la izquierda había bajado más que el de la derecha; que las heridas cerraron y sólo quedan las cicatrices; que en junio vendrá para que le rebane los turupes mencionados, que acudió al médico de la familia “que en principio se asustó de su estado, pero que se habituó a vérselo”, que le diga qué debe seguir haciendo “y le perdone ‘se queje tanto’ teniendo que hacerlo ante el único que conoce su situación...”.

f) El 27 de febrero de 1976 dio respuesta al doctor Chain a la misiva anterior, expresando a la demandante que lo tranquilizaban los resultados de la aplicación de la crema Cordrian de 25 mgms; que continuara el tratamiento hasta que pudiera venir al país, “en cuya ocasión le solucionara” el problema quirúrgicamente, si es del caso, que las durezas... no son consecuencia de nada relacionado con los nervios faciales; que “como se le hizo luego de la intervención *un gran hematoma por un vaso sangrante*, éste no se absorbió rápidamente y *acumulada la sangre debajo de la piel, ha formado esas durezas difíciles de desaparecer*”. Anota el *ad quem* que el demandado reconoció la autenticidad de las cartas descritas.

g) La demandante, quien también reconoció la autenticidad de sus cartas, manifestó en su declaración de parte que Chain solamente le practicó la intervención del 8 de septiembre de 1975, pues hasta el año 1977 volvió donde él encubriendo sus hinchazones con pañueletas y que fue entonces cuando le dijo: “‘Mery, las cosas no salieron como queríamos que hubieran resultado; hay que intervenirla de nuevo y voy a buscar un médico para que la opere de nuevo’; pero no volvió a decirle nada y ella siguió ‘sufriendo con el tabique torcido... obstrucción nasal, y que ninguna preparación preoperatoria le practicó’”, hasta la fecha de este interrogatorio el 12 de noviembre de 1981.

10. De los documentos anteriores deduce el Tribunal “el incumplimiento parcial” del demandado de sus obligaciones contractuales, “ya que se limitó a la exclusiva cirugía determinada por una intervención momentánea más o menos restringida a la técnica, con abandono anterior de lo que debía preceder a la operación y descuido completo de lo que posteriormente le imponía la naturaleza de la intervención, extendiéndola a prolongados sufrimientos físicos de la operada, dedicándose a pedirle paciencia y aconsejándole la aplicación de una untura, y solamente por exigencia de la paciente y en momento alguno por iniciativa suya”.

11. Pasa luego el fallador a comentar apartes del peritazgo rendido por los doctores Jaime A. Fernández y Luis A. Angel, como resultado del reconocimiento que hicieron a la demandante los días 21 y 24 de agosto de 1981, del cual destaca las consecuencias siguientes de la intervención a que aquélla fue sometida:

a) Que las cicatrices localizadas en las regiones preauriculares, “en realidad no son llamativas ni tienen características hipertróficas y menos aún quelidianas, las cuales harían muy notorias’ sin serlo actualmente”, aunque sí existen.

b) Que el endurecimiento de la región preauricular y temporal es consecuencia inevitable en sitios donde la cicatrización ha sido prolongada y difícil.

c) Que no es cierto que toda la superficie de las mejillas se halle endurecida “y sólo es posible encontrar el examen cuidadoso dos *pequeñas formaciones fibronodulares móviles*, no dolorosas en la región media entre el mentón y la rama ascendente del maxilar inferior, una a cada lado de 0.5 cms. de diámetro, que no son visibles aunque sí palpables”.

d) Que no existe alteración en la sensibilidad de la cara al examen practicado por ellos.

e) Que “la *hipertrofia leve* del cornete inferior derecho y la *desviación mínima* del tabique no pueden ser debidos a la intervención, . . . por cuanto estas estructuras están en la técnica existente para la Rinoplastia y la Ritidectomía” y que su hallazgo sólo puede atribuirse a un examen intencionado en el post-operatorio, entendiéndose por tal el examen físico con énfasis en ciertas características, órganos y regiones corporales.

f) Que “*la presencia de erociones en la mucosa nasal* no corresponden (sic) . . . al hallazgo actual . . . ; son usualmente de origen traumático y/o inflamación secundaria (rinitis), ya sea de mecanismo alérgico o de invasión por microorganismos . . . y que la presencia de recidivas no tiene relación de causa a efecto con la intervención quirúrgica practicada”.

Finalmente, que “tampoco es posible demostrar actualmente ningún signo de rinitis ni de obstrucción nasal ni mucho menos que obligue a la paciente a mantener respiración bucal, como afirma”.

12. En la continuación del análisis del experticio, dice el Tribunal, que en el punto 7º los peritos manifiestan la imposibilidad de determinar si las imperfecciones actuales de la paciente no existían antes de la intervención, ya que no se tomaron fotografías, aunque no eran necesarias; en el 8º que los cargos de negligencia y descuido que la demandante le hace al médico demandado, los desmiente “‘la habilidad, pericia e idoneidad profesional’ que se advierte en la cirugía empleada en la operación de las bolsas parpebrales, porque en cuanto a ‘*la complicación* que presentó la paciente en el post-operatorio inmediato, *es parte de los riesgos que conlleva cualquier procedimiento quirúrgico*’ y puede presentarse aún con pacientes preparados con todas las pruebas de coagulación”; “y que según el demandado y la paciente, a ésta le estuvo practicando aquél, diariamente y durante veinte días ‘las debidas curaciones y drenaje del hematoma . . . hasta que él mismo consideró necesario’”. En el punto 9º dicen que las cicatrices en las regiones preauriculares, “no son suficientes a exteriorizar ‘la fealdad’ que dice la demandante haberle quedado”; en el punto 11 que no existen exámenes preoperatorios de un laboratorio, ni en la Clínica San Diego, ni donde el doctor Chain, “pues según la paciente fueron retirados para llevárselos a una enfermera pariente suya, aunque, además esos exámenes de rutina han sido dejados desde hace varios años, a punto de ser más perjudiciales que necesarios por su costo”; en el punto 12 que no se puede afirmar que la intervención fue realizada por el demandado “a la buena de Dios”, como se le imputa, “porque le hallaron una tarjeta con anotaciones sobre la consulta y exigencia de exámenes previos . . .”, y porque la paciente no necesitaba de “‘lo que es indispensable en quienes tienen

antecedentes quirúrgicos de mala coagulación o predisposición' a mala cicatrización con formación de queloides o cicatrices hipertróficas, o infecciones por ingestión de ciertas drogas, de lo cual no estaba aquejada la demandante"; en el 13, que por lo dicho en el numeral 8º, "la actora no podía quejarse de desatención post-operatoria; en el 14 que "el operado con cirugía estética no puede recuperarse sino pasado un año, que es el de la cicatrización; en los puntos 15 y 16 que la demandante les dijo que el doctor Chain le había ofrecido practicarle una nueva intervención, pero que ella no aceptó, ni tampoco que lo hiciera otro médico, "por haberle perdido la confianza al doctor Chain y a la cirugía plástica"; en el 17 que las cicatrices preauriculares y las dos nudosidades "no son secuelas de la intervención, ya sean 'permanentes o decadentes'"; en el punto 18 dicen los peritos que las cicatrices que menciona la paciente "no son tan profundas como dice y por lo demás, no existe ninguna técnica que elimine la producción de cicatrices una vez que se haya producido una solución de continuidad, ya sea con fines terapéuticos, estéticos u otros"; en el 20 afirman que no es cierto que la demandante haya perdido su capacidad de trabajo, por cuanto regresó a los Estados Unidos una vez que se recuperó y entonces allí estuvo trabajando; y que esa capacidad está fundada en que "sus daños 'no son secuelas de la intervención sino las manifestaciones de una personalidad neurótica', resumiendo finalmente que 'los perjuicios en la salud física, de carácter estético, daño o trauma síquico moral y de carácter económico, no corresponden a la realidad'".

13. Completado así el conocimiento fáctico de la relación procesal, no encuentra el Tribunal en la conclusión a que de la misma llegó el *a quo* para exculpar al demandado de todo cargo, nada diferente de la intervención quirúrgica practicada por aquél el 8 de septiembre de 1975, a la demandante, y de las consecuencias descritas sufridas por ésta, sin que los motivos de riesgo de tal intervención, los conceptos sobre la personalidad del doctor Chain y la preexistencia de exámenes preliminares y cuidados post-operatorios tengan los fundamentos exigidos por el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, puesto que sobre dichos aspectos se contradicen las partes, como se vio en la correspondencia cruzada entre ellas, donde la actora expone su situación y el demandado la acepta; "así sea porque las cosas no salieron como las pensaba...". Por tanto, dice el *ad quem*, "se mantiene el concepto de culpa a cargo del demandado, con consecuencias indemnizatorias, al menos en una gran parte del largo interrogno entre la operación y el postrero examen médico-pericial".

A tal conclusión llega el Tribunal, luego de disentir de la jurisprudencia expuesta por la Corte en 1938 y seguida por el *a quo* ante la escasa literatura jurídica sobre la responsabilidad médica, en cuanto aquélla, basada en la doctrina francesa, "encontró decisiones y doctrinas que superan el concepto de la mera responsabilidad profesional teniéndola por insusceptible de culpa, para aceptar la culpa del médico dentro de la preceptiva general de la *responsabilidad civil contractual*".

Al efecto transcribe apartes de la jurisprudencia sentada en el fallo de 5 de marzo de 1940, previa aceptación de que la intervención quirúrgica de *correcciones estéticas es de resultado*, para concretar luego que, según aquélla, esta Corporación entendió que cuando la divergencia entre el médico y su paciente se refiere a una cuestión "científicamente discutible",

no podría deducirse culpa alguna; y para que otra lo fuera tendría que derivarse de la intervención descuidada y negligente del médico, “sin sacarla del concepto de gravedad”. 14. Continúa el Tribunal su análisis de los conceptos sobre la responsabilidad médica en que apoya su decisión, citando a los hermanos Henry y León Mazeaud para quienes resulta inaceptable la tesis diferencial de los autores que sostienen que el profesional médico es sólo responsable de la culpa lata, puesto que el mismo está subordinado al derecho común y, en consecuencia, dicen: “En todo caso la Corte de Casación no ha admitido *nunca* la posibilidad de absolver a un médico autor de la *culpa leve*;...” en cuyo caso la sanción procede “simplemente, por un deber en pugna con las reglas generales de buen sentido y prudencia a las cuales hay que ajustarse *ante todo* en el ejercicio de toda profesión”. Es decir, que según los tratadistas en mención la responsabilidad de los médicos obedece a las reglas generales, por manera que si el juez encuentra probada una culpa cometida por aquellos profesionales, “sea cual sea la naturaleza de la culpa; profesional o no; *sea cual fuere su gravedad, leve o lata*, debe obligarle al autor de esa culpa, a reparar las consecuencias de la misma...”.

Más adelante, para reforzar su desacuerdo acerca de la gravedad de la intervención médica, como única, el *ad quem* se refiere a la jurisprudencia de la Corte para plantear que ésta, desde antes del citado fallo de 1940, “había generalizado e indiscriminado la culpa contractual, eminentemente de las obligaciones de resultado...”, como aparece en el fallo de 7 de junio de 1951, basado en doctrinas precedentes.

Luego de citar otra jurisprudencia de 1983 y la opinión del doctor Alfredo Cardona Hernández en su tesis “La Responsabilidad Médica ante la Ley”, concreta el Tribunal su criterio sobre la indistinción y preceptiva de la responsabilidad de cualquier grado en la intervención médico-quirúrgica, en especial cuando la obligación es de resultado, “háyase pactado no como tal”, para sostener que “ante la obligatoria e indeclinable observancia para el profesional, de las normas contenidas en los artículos 1602, 1603 y 1618 del Código Civil, conducentes a tener como integrantes de la operación de corrección estética los respectivos preoperatorios y post-operatorios, el doctor... Chain Igha incurrió en culpa civil indemnizable al practicarle incompletamente a... Mary Cielo Marín... la corrección de los defectos faciales a que se comprometió, sin que haga falta el agravante no comprobado sobre resultados de mayores defectos y fealdad, que se le imputaron”.

15. Agrega finalmente el juzgador, que en virtud de no haberse demostrado la cuantía de los perjuicios, se impone la condena *in genere* (artículo 307 del C. de P. C.), con indicación de los factores que deberán tenerse en cuenta, para determinar el monto de la indemnización, sin exceder, desde luego, la cuantía que se fijó en la demanda.

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Once cargos se formulan contra la sentencia: Uno por la causal quinta, uno por la tercera, dos por la segunda y los restantes por la primera, los cuales serán estudiados y resueltos en el orden en que fueron propuestos.

Cargo primero.

1. Con apoyo en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se acusa la sentencia por haberse incurrido en las nulidades consagradas en los numerales 1º y 4º del artículo 152 *ibidem*, en virtud de haberse adelantado el proceso ante una jurisdicción que no era la indicada y mediante un procedimiento distinto al que le era pertinente.

2. En desenvolvimiento de la censura, con base en los artículos 1º del Decreto 456 de 1956 y 2º del Decreto 931 de 1956 en consecuencia del precepto establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que asigna a la jurisdicción civil los asuntos no atribuidos a otra diferente, sostiene el recurrente que para el conocimiento de esta controversia la competente no es aquella sino la laboral, por cuanto ella se originó en un contrato de servicios profesionales privado celebrado entre las partes, como lo indica la actora en su demanda al reclamar indemnización de perjuicios y el demandante de reconvenición cuando pide se condene a su reconvenida al pago del saldo insoluto de los honorarios pactados por la intervención quirúrgica que le practicó.

3. Dicha situación, dice el censor, hace que sea la justicia laboral la llamada a resolver las pretensiones de las partes, especialmente por cuanto el demandante en reconvenición ejercitó su acción sobre reconocimiento de honorarios con base en el citado artículo 1º del Decreto 456 de 1956, la cual debe tramitarse por el procedimiento ordinario laboral ante el Juez del Trabajo, en virtud de la prórroga consagrada en el artículo 2º del Decreto 931 del mismo año, para la demanda de reconvenición que proponga el demandado en los procesos de que trata el referido artículo 1º, *cuando la acción o acciones que en ella se ejercitan provengan de una misma causa que las de la demanda principal.*

4. Luego de citar algunas jurisprudencias de la Corte y de reiterar sus afirmaciones anteriores, pide el censor se case el fallo y se decrete la nulidad de lo actuado, por no ser saneables ni el vicio a que se refiere la causal 1ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por expresa disposición del artículo 156 *ibidem*, ni el de la causal 4ª, que consagra el principio constitucional del debido proceso.

SE CONSIDERA

1. Lo primero que se observa en este cargo es que el casacionista plantea una situación ya resuelta por el juzgado del conocimiento, al encontrar probada la excepción previa de "falta de competencia" propuesta por la demandada en reconvenición contra las pretensiones aducidas por el reconveniente, para reclamar el pago de honorarios que aquella presuntamente le debía por sus servicios profesionales.

En efecto, consideró la excepcionante que la materia presentada en la demanda de reconvenición no era propia de la jurisdicción civil sino de la laboral, por tratarse de una obligación originada en un contrato de prestación de servicios, alegación que al prosperar mediante auto que decidió el incidente y que no fue apelado, dejó en firme la exclusión del conoci-

miento de las prestaciones del demandante reconveniente, a las cuales el recurrente intenta ahora aplicar las disposiciones de los Decretos 456 y 931 de 1956, relativas a la competencia y al procedimiento cuando se trate de obtener el reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios de carácter privado.

2. De otra parte, cabe anotar que la demanda que dio lugar a este proceso corresponde a la acción indemnizatoria por los perjuicios que alega la demandante, para cuyo conocimiento es competente la jurisdicción civil y para cuyo trámite está indicado el procedimiento ordinario; ya que el artículo 1º del citado Decreto 456 establece la jurisdicción especial del trabajo para conocer “de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios de carácter privado cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen...”, y el artículo 2º del Decreto 931 memorado se aplica a la demanda de reconvenición que proponga el demandado en los procesos ordinarios de que trata el referido artículo 1º, “cuando la acción o acciones que en ella se ejercitan provengan de una misma causa que las de la demanda principal”.

3. Ciertamente, en el sub lite, se trata de un asunto que cabe dentro de la competencia de la justicia ordinaria, porque no se está en presencia, como cuestión principal de una disputa sobre reconocimiento de honorarios médicos por la prestación de servicios profesionales, sino de una acción indemnizatoria derivada del modo como éstos se presentaron, según la demandante, en la ejecución de un contrato en que el demandado no obtuvo con su intervención el resultado que aquélla esperaba con la intervención quirúrgica de éste para mejorarla estéticamente en su fisonomía.

4. A propósito ha reiterado la Sala Laboral de la Corte, en varios pasajes jurisprudenciales:

“Basta leer el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 para adquirir el convencimiento de que los servicios personales de carácter privado a que se refiere la norma pueden tener cualquiera causa jurídica, menos el contrato de trabajo. Los servicios personales que éste contempla son dependientes, los cuales tienen legislación propia tanto de derecho material como procesal, mientras que los del Decreto son servicios personales independientes o autónomos. Por consiguiente, no quedaron éstos sometidos a las leyes sustantivas del trabajo dependiente sino a las que le sean propias según la naturaleza de relación jurídica de que provengan”. (G. J. XCIII, 338).

“Puesto que el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 regula lo atinente a la relación procesal en los juicios por servicios profesionales independientes, la relación jurídico-sustancial conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa de tal servicio. Así existen casos en que queda bajo las normas del Código Civil” (G. J. XCIV, 813).

“Acerca de la competencia de los jueces laborales para el reconocimiento y pago de honorarios y de otras retribuciones de servicios personales independientes, ella se predica, conforme a la letra de los Decretos 456 y 931 de 1956 y al espíritu que determinó esa regulación procesal, para los

servicios personales y únicamente para ellos, y no para precios ni bienes distintos; cuando en una determinada contratación concurren unos y otros, la justicia laboral sólo puede resolver sobre la materia que específicamente le ha sido atribuida, compitiéndole a la jurisdicción civil todo lo que sea extraño para aquélla, conforme a sus reglas sustanciales, procesales y jurisdiccionales". (G. J. CXLVIII).

Segundo cargo.

Con estribo en la causal 3ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se impugna la sentencia por contener en su parte resolutive disposiciones contradictorias.

Para demostrar la acusación el censor se remite al numeral 2º de las decisiones del fallo recurrido, en que el Tribunal declara civilmente responsable al demandado "por incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales", admitiendo, por tanto, que cumplió unas y dejó de cumplir otras; pero luego, en el numeral 3º, lo condena para que indemnice a la demandante de los perjuicios de todo orden, "sin distinguir si dentro de esa condena se incluyen o no los denominados perjuicios indirectos, los cuales, como es sabido, no son indemnizables".

No puede sostenerse, agrega el recurrente, que las bases dadas en la parte motiva de la sentencia sean suficientes para determinar tales aspectos sobre las obligaciones y perjuicios, de donde concluye que las citadas declaraciones son contradictorias, imposibles de cumplir, ya que el juez que debe regular el *quantum* de la condena carece de competencia para resolver esos aspectos.

SE CONSIDERA

1. Ante todo, importa entender, según el desenvolvimiento de las consideraciones que en conjunto formula el sentenciador de segunda instancia que lo dicho por él no es propiamente que hubo "incumplimiento parcial" de las obligaciones por parte del demandado, sino que éste no prestó la debida atención profesional a la demandante en los períodos pre-operatorio y post-operatorio.

2. En lo que toca con la censura, es decir, que se configura la causal 3ª cuando la parte resolutive de la sentencia contiene resoluciones contradictorias, circunstancia que no se da en el *sub lite* pues la condena *in genere* que el Tribunal hizo es justamente la forma de dar a las partes la oportunidad para que su cuantía sea determinada cuando no fue demostrada dentro del proceso. Para el efecto establece el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil un procedimiento en que intervienen tanto la parte favorecida como la vencida, quienes tienen derecho de solicitar las pruebas en que se fundamenta la liquidación presentada por la primera y la aceptación o las objeciones que aduzca la segunda, para que el Juez apruebe de plano dicha liquidación o someta su decisión a lo que resulte de las pruebas en mención.

En consecuencia, el referido trámite servirá para fijar el monto de los perjuicios que el demandado haya causado a la demandante con su

intervención quirúrgica, teniendo en cuenta las bases dadas por el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, como las pruebas que se aduzcan para que el juez tenga elementos de juicio para decidir. Será entonces cuando se evaluarán los perjuicios de todo orden a que se refiere el recurrente, considerando, como lo resolvió el Tribunal, que aquéllos resultaron de la defectuosa ejecución del contrato por parte del demandado, en virtud de su negligencia en la preparación de la demandante para la intervención quirúrgica que le practicó y en el tratamiento post-operatorio.

2. Conclúyese de lo anterior que el cargo es infundado, tanto porque en la parte motiva de la sentencia quedó establecida esa conducta desidiosa contractual del demandado, como porque la condena *in genere* abre la posibilidad de demostrar la cuantía de los perjuicios los cuales serán determinados con las bases que señaló el fallador.

3. Por último, es de notar que en el ataque se adentró el censor en la motivación de la sentencia y entonces la acusación debía haberse enfilado por la causal 1ª. Como así no se hizo, se incurrió en falla de técnica, por cuanto únicamente debía haberse examinado, en busca del éxito acusatorio, la parte resolutive.

Por lo tanto, el cargo es impróspero.

Tercer cargo.

En el ámbito de la causal segunda se formula este cargo, porque el Tribunal omitió decidir las pretensiones aducidas por el demandado en su demanda de reconvencción (Arts. 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil), incurriendo por tanto en *minima petita*.

Fundamenta su aseveración en que nada se resolvió en el fallo impugnado sobre la petición de que se declarase la suma que la reconvenida adeudaba al demandado de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, celebrado entre ellos y reconocidos por confesión de la actora, tanto en la parte petitoria como en los hechos de la demanda. El Tribunal, dice el recurrente, ha debido pronunciarse en cuanto a la existencia de la deuda, "porque del hecho de que la justicia civil no sea la competente para conocer de litigios originados en contratos sobre prestación de servicios profesionales no se sigue que no se pueda reconocer la existencia de una deuda que tuvo ese origen...". Esto resulta más evidente si se tiene en cuenta que en la parte motiva del fallo recurrido, se sostuvo la incompetencia del *a quo* para declarar prescrita dicha obligación, de lo cual se sigue que tal determinación no vinculó al Juez ni a las partes, y, por tanto, ha debido reconocerse la existencia de la deuda y su parte insoluta.

Cuarto cargo.

De incongruente por *minima petita* se acusa la sentencia (causal 2ª del Art. 368 del C. de P. C.).

A intento de demostrar su reparo, transcribe el numeral 5º de la demanda principal en que la actora señala entre las indemnizaciones que

pretende obtener, “c) Doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) por los daños morales y quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) por los daños o perjuicios de carácter económico... o el valor que el señor juez determine”.

El Tribunal, a su vez, condenó al demandado a indemnizar *in genere*, los perjuicios de todo orden causados a la demandante en la cuantía que se fije por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases dadas en la parte considerativa de la sentencia, sin exceder el monto señalado en la demanda.

En virtud de que los perjuicios morales subjetivos, no susceptibles de comprobación, deben ser estimados por el juez según su *arbitrium judicis*, afirma el censor, el *ad quem* ha debido resolver en concreto su monto o al menos señalar las bases para su liquidación; no haberlo hecho así implica una incongruencia en su fallo por *minima petita*. De admitir la forma como éste se redactó, habría que concluir que dichos perjuicios pueden regularse hasta la cantidad de \$ 200.000.00, suma que sobrepasa la que la Corte ha fijado para los casos más graves.

En cuanto a los perjuicios materiales, estimados por la demandante en \$ 500.000.00, ha debido el juzgador determinar la cantidad correspondiente al lucro cesante y al daño emergente, indicando al fallador que posteriormente fije la cuantía de la condena las bases para el efecto. De igual manera, ha debido limitar las cantidades hasta donde podía estimar los demás perjuicios por el incumplimiento parcial del contrato y por los daños estéticos causados a la demandante a que se refieren los literales a) y b) del *petitum* de la demanda, por cuya omisión el fallo es incongruente también.

Desde otro punto de vista, si lo dicho en la sentencia fue que no se excediese la suma de las cantidades pedidas en la demanda, la incongruencia sería por *ultra petita*, “porque habría condenado a más de lo pedido, habida cuenta que el actor limitó los ‘perjuicios de carácter económico’ a la suma de \$ 500.000.00, o ‘al valor que el señor Juez determine, entendido, claro está que hasta esa cuantía’”.

SE CONSIDERA

1. De acuerdo con la preceptiva legal contenida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia debe estar en consonancia con las peticiones de la demanda y las que formulen las partes en las demás oportunidades procesales, y con las excepciones que se hayan propuesto y probado, por manera que cuando se deja de resolver alguno o algunos de esos dos extremos, se incurre en incongruencia.

Tal incongruencia, como se desprende de la misma disposición citada y como lo han sostenido la jurisprudencia de la Corte y la doctrina nacional, puede darse en tres formas: a) *ultrapetita*; b) *extrapetita* y c) *minima petita*.

Esta última que es una de las invocadas en el presente caso, tiene lugar cuando el juez omite decidir sobre alguna de las peticiones o excepciones

aducidas por las partes, y la primera de dichas formas, señalada también por el censor, se da cuando el fallo concede más de lo pedido.

2. En el tercero de los cargos, el recurrente hace consistir la incongruencia en que el *ad quem* no se pronunció sobre las pretensiones del demandante en reconvencción respecto de los honorarios pactados con la reconvenida y del saldo adeudado por esta misma, punto que por haber quedado resuelto en la primera instancia cuando el juez encontró probada la excepción de falta de competencia para conocer de él, ciertamente no tenía por qué decidir sobre la cuestión que no formaba parte de la *litis*, puesto que al decidirse sobre la excepción de competencia quedó por fuera de discusión.

3. En cuanto al cuarto cargo, en que el casacionista impugna la sentencia como incongruente, en virtud de no haberse fijado en ella el monto de los perjuicios morales, ni haber definido dentro de los materiales la parte correspondiente al lucro cesante y el daño emergente, se advierte que el Tribunal no condenó a suma determinada, sino en abstracto, quedandó con la limitante indicada en la demanda, sin que eso signifique, de consiguiente, que la condena *in genere* tenga que coincidir con la suma reclamada por la actora, puesto que puede resultar inferior según la liquidación del incidente. (Art. 308 del C. de P. C.).

Por lo tanto, ninguno de los dos cargos que se despachan en conjunto está llamado a prosperar.

Quinto cargo.

1. En el ámbito de la causal primera se impugna la sentencia de violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1546 y 1610 del Código Civil, 8º de la ley 153 de 1887 y 26 de la Constitución Política, y por indebida aplicación de los artículos 1604, 1619, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2356, 2144, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil.

2. En desenvolvimiento de la censura, expresa el recurrente que el incumplimiento de obligaciones contractuales del demandado, en virtud del cual se le declaró civilmente responsable, hace necesario que se decrete la resolución del contrato o su terminación para que sea viable la condena a indemnizar los perjuicios, "pues ésta viene a sustituir el objeto del pago". No se concibe, dice, que si se produce dicha condena, el deudor continúe legado al acreedor respecto de sus obligaciones, razón en que se apoya el artículo 1546 del Código Civil al consagrar las acciones alternativas para obtener el cumplimiento o la resolución del contrato, a favor de la parte cumplida.

3. Manifiesta el censor, en seguida, que por tratarse de que las obligaciones del demandado son de hacer, estima así mismo quebrantado el artículo 1610 *ibidem*, al cual, no obstante consagrar únicamente la mora del deudor para poder pedir la indemnización de perjuicios, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, le son también aplicables las acciones de cumplimiento o resolución de los contratos a que se hizo referencia. El quebranto del artículo 26 de la Carta, dice luego, se

debe a que la garantía que establece se desconoció por cuanto los citados artículos del Código Civil tienen carácter de sustanciales.

Se refiere a continuación el casacionista a los casos en que según el artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora, para afirmar que aun en estos eventos la indemnización de perjuicios sólo es viable cuando se ha declarado resuelto o terminado el contrato, pues de lo contrario subsistirían las obligaciones principales a pesar de la condena al pago de dichos perjuicios, más aún cuando ésta “se produce por los ‘de todo orden’, lo cual indica que comprende tantos los compensatorios como los moratorios. Y los primeros sustituyen el objeto mismo de la obligación”.

Para concluir su acusación, pide el recurrente se case la sentencia recurrida confirmando la del *a quo* y, en consecuencia, se absuelva al demandado.

SE CONSIDERA

1. Como se desprende de los hechos de la demanda, el objeto a cargo del demandado era la cirugía estética que el demandado practicó a la actora, en virtud del contrato de servicios profesionales pactado entre ellos, de donde se sigue que la obligación principal fue cumplida por aquél, no obstante la inconformidad de la intervenida por la defectuosa ejecución.

La indemnización de perjuicios a que el fallo del Tribunal condenó por haber encontrado civilmente responsable al médico, se derivó por la forma negligente o culposa, como se ejecutó el contrato, por lo cual el artículo 1546 del Código Civil no era aplicable para decretar la resolución o la terminación del mismo, ni tampoco el 1610 ibidem, consagrado para cuando la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, confiriéndole al acreedor la facultad de exigir y asegurar el cumplimiento de aquélla.

Es presupuesto de la acción resolutoria de un contrato que éste no se haya cumplido y, por tanto, que estén vigentes las obligaciones a cargo del contratante demandado, pero si éste ya hubiere atendido el contrato, aunque imperfectamente, la acción indicada no puede ser la de resolución o terminación, efecto que opera por tal ocurrencia, sino la de indemnización por los perjuicios causados al demandante por el dolo o la culpa con que aquél lo ejecutó.

2. En el caso de que se trata, en que el demandado prestó el servicio de la intervención quirúrgica que le practicó a la demandante, no era procedente decretar la resolución o la terminación del contrato de prestación de servicios médicos a que se comprometió con aquélla, bien para suspender su ejecución en el estado en que se encontrara o bien para volver las cosas al estado pre-contractual, puesto que ya ejecutado, es el resultado de su cumplimiento imperfecto el que da lugar a la indemnización de perjuicios, que para el presente caso está constituido por las consecuencias nocivas que se dice dejó a la intervenida la cirugía plástica.

Si bien es cierto que el sentenciador condenó por “incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales del deudor”, dada la naturaleza del contrato debe entenderse que ello se debe al resultado negativo de la

intervención y no a que hayan quedado obligaciones insatisfechas, respecto de las cuales debía decretarse la resolución judicial que echa de menos el recurrente. Así la condena a pagar los perjuicios "de todo orden", en manera alguna implica el resarcimiento de obligaciones principales que se dejaron de cumplir, ni mucho menos la indemnización moratoria, materia ajena a este debate, por cuanto no se trata de perjuicios ocasionados por la mora de lo debido, sino que, como atrás se dijo, fue la compensación por la ejecución defectuosa del contrato.

3. Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del título XII del Libro 4º del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro, de que hablan las disposiciones contenidas en el título XXXIV de los mismos libro y obra, algunos de los cuales estima el censor indebidamente aplicados en este cargo. Sin embargo, su apreciación no es ajustada a la realidad, pues si bien que en su parte motiva se hizo alusión a preceptos reguladores de esa clase de responsabilidad, no fueron los que sirvieron de fundamento para desatar la controversia, ya que como expresamente se dice, la normativa "que tutela sustancialmente los derechos de las partes en la convención traída a este debate judicial... ", porque "asume los requisitos del artículo 1502 y las características de la ley que el pacto legalmente celebrado le atribuye el artículo 1602... ", es la que resulta "de la coordinación literal y objetiva de los textos de los citados artículos 63 y 1604, unidos a las demás reglas que constitucional y legalmente norman las relaciones patrimoniales de los asociados".

No acierta tampoco el recurrente cuando ataca el fallo del Tribunal de haber quebrantado, por indebida aplicación, las normas que regulan la responsabilidad extracontractual en cuanto a la gradación de la culpa y la indemnización de perjuicios, puesto que como reiteradamente se ha expresado, este proceso se originó en el presunto defectuoso incumplimiento de un contrato por la conducta negligente del deudor al ejecutarlo.

4. Importa agregar a lo que se deja expuesto que el ataque no cabía ser enfilado por la vía directa, como lo hizo el censor, por cuanto ésta hace suponer que no existe objeción frente a los reparos que en el ámbito de la cuestión fáctica hubiera dado por establecida el fallador como consecuencia de la contemplación objetiva de los medios de convicción.

Así lo ha reiterado la Corte para concluir: "Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquiera consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas". (CXLVI, 60 y 61). Además sentencias inéditas, entre las cuales, las del 11 de octubre de 1977 y 27 de febrero de 1978.

5. De otro lado entre las normas atacadas no trae a cuento la censura, ninguna de aquéllas que reglan la prestación de servicios inmateriales reglados por el Código Civil. Entonces, fuera del yerro de técnica indicado en el punto anterior, se incurrió en el consistente en la falta de proposición jurídica completa. “Es que, como ha sostenido invariablemente la Corte, cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente no de una sola norma, sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama ‘proposición jurídica completa’. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como violados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano”. (Casación Civil del 16 de noviembre de 1967 y muchas otras). Por lo tanto el cargo es impróspero.

Sexto cargo.

Mediante éste se acusa la sentencia de violación indirecta de la ley sustancial, por indebida aplicación de los artículos 1546, 1604, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 3441, 2356, 2155, 2187, 2193 y 26 de la Constitución Política, “acusable por estar incorporado en el Código Civil en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 153 de 1887, y también el artículo 8º de la misma ley”.

En desenvolvimiento de la censura, luego de recordar que el artículo 75, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil, exige que la demanda contenga los fundamentos de derecho que se invoquen, dice el casacionista que el demandante en su libelo citó como tales los artículos 63 y concordantes del Código Civil y el 1496 *ibidem*, y el 2341 en la adición de la demanda, disposiciones que no corresponden al título XII del libro 4º de la obra citada referente a la responsabilidad contractual impetrada, razón por la cual el presupuesto procesal de demanda en forma no quedó satisfecho en el proceso y, por tanto, no era procedente dictar sentencia de mérito sino inhibitoria.

El haber ignorado tal omisión, condujo al Tribunal a incurrir en error de derecho en la interpretación de la demanda y, por ende, en la violación media del artículo 75-7 memorado, la que, a su vez, causó el quebranto indirecto de las normas sustanciales enunciadas en el encabezamiento de esta acusación.

Séptimo cargo.

Se dice que es indirectamente la sentencia violatoria de la ley sustancial, por indebida aplicación de los artículos 1515, 1516, 1602, 1604, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil; 26 de la Constitución Política, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 153 de 1887 y también el 8º de esta misma ley, a consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al interpretar la demanda y su adición.

Después de plantear los mismos argumentos esgrimidos en el cargo anterior respecto del quebranto del artículo 75-7, del Código de Procedi-

miento Civil, manifiesta el recurrente que de las disposiciones en que la actora fundamenta su demanda, ni el artículo 63 ni el 1496 del Código Civil, son normas sustanciales en cuanto contienen definiciones y que el 2341 *ibidem* es aplicable a las dos clases de responsabilidad, contractual y extracontractual, por lo cual no se invocaron debidamente los preceptos jurídicos correspondientes a la acción impetrada. Tampoco puede invocarse el citado artículo 2341 “y decir que la demanda se apoya en las demás disposiciones que con ella sean concordantes y aplicables...”, puesto que entonces el juez no puede saber a qué clase de responsabilidad se refiere el demandante. Y esto con mayor razón, porque en la demanda inicial se pide la condena del demandado por incumplimiento parcial del contrato y en la adición se dice que aquél sí lo había cumplido, pero con culpa e irresponsabilidad, hipótesis cuyas consecuencias son diferentes, ya que si se dejaron de cumplir obligaciones para la prosperidad de la acción es necesario que el deudor se constituya en mora, lo cual no ocurre en el segundo caso.

De otra parte, es evidente que en la adición a la demanda la actora substituyó las peticiones del libelo introductorio del proceso, aspectos que tienen asidero en normas diferentes de responsabilidad contractual. “Si ninguna de ellas se citó, mal puede el *ad quem* elegir entre una y otra pretensión...”, pues entonces “su facultad no llega hasta el extremo de interpretar el *petitum* y la *causa petendi* cuando esta última se apoya en normas que contemplan supuestos de hecho diferentes, con efectos también diferentes, y que ninguna de ellas ha sido indicada...” en el libelo original ni en la adición, dice el casacionista, para luego concluir en que el Tribunal incurrió en error de hecho por no haber advertido que el presupuesto procesal de demanda en forma no se había cumplido.

SE CONSIDERA

1. *Dentro de los presupuestos procesales necesarios para la debida constitución de la relación jurídico-procesal está la demanda en forma, como lo ha sostenido la Corte desde cuando, hace mucho tiempo, acogió la doctrina expuesta por el procesalista alemán Bülow, requisito fundamental para que el juzgador pueda pronunciar sentencia de mérito en las controversias que se le someten.*

*El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil establece los requisitos que debe reunir la demanda para que se cumpla dicho presupuesto y el 85 *ibidem* consagra los motivos que dan lugar a su inadmisión o a su rechazo in limine. En el numeral 1º dice que es inadmisibile la que no reúne los requisitos legales, entre los cuales están los fundamentos de derecho en que el demandante apoya su pretensión y que estima aplicables a los hechos que aduce como base de aquélla. Pero como es el juez quien debe interpretar el *petitum* de la demanda y su *causa petendi* para resolver el litigio a la luz del derecho, cuando el actor se ha equivocado al indicar dichos fundamentos o ha omitido citar algunos, no habrá lugar a rechazar la pretensión si ésta además de ser precisa y clara, en los términos del numeral 5º del precitado artículo 75, tiene asidero en las pruebas presentadas para demostrar los hechos. El que demanda no es entonces quien decide cuáles son las*

normas aplicables al caso debatido, sino el juez en virtud del poder jurisdiccional que le asiste.

En efecto, ha dicho la Corte que, "Es muy posible que el actor haya establecido en su libelo fundamentos de derecho errados para servir de soporte jurídico a la acción incoada, y que haya igualmente citado en apoyo de su derecho litigioso preceptos legales que no lo consagran con la debida claridad, o que no son los que directa y señaladamente consagran. También puede aceptarse que las razones o causas jurídicas fundamentales de la acción no se hayan aducido por el demandante, pero tales errores de apreciación, aun dándose por demostrados, no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la naturaleza del medio judicial coercitivo presentado, y tiene en esos casos el juzgador, atribución suficiente para reconocerlo y consagrarlo, siempre que haya en el derecho positivo normas legales que le presten apoyo y fundamento".

2. En consecuencia de lo expuesto, el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le endilga el recurrente en el cargo séptimo de que se trata, por no haber advertido que los fundamentos de derecho señalados en la demanda y su adición no correspondían a las disposiciones reguladoras de la responsabilidad contractual y por haber dictado sentencia de mérito y no inhibitoria, puesto que tanto las pretensiones de la parte actora como los hechos aducidos por ésta, indican claramente al juzgador que la acción incoada se originó en el cumplimiento defectuoso del contrato de prestación de servicios profesionales.

3. Tampoco incurrió en yerro de derecho que le enrostra el censor en el cargo sexto, no solamente por lo que se deja dicho, sino que además, al menos en el *sub lite* no es de recibo la acusación por ese aspecto sino exclusivamente por errores de hecho, precisión que se desprende del propio entendimiento conceptual del yerro de derecho que se presenta, según lo ha sentado la jurisprudencia de la Corte, "en los casos en que la tarea valorativa de las pruebas allegadas al proceso, el sentenciador infringe las normas legales que regulan su producción o eficacia". (Casación Civil del 14 de junio de 1975). Supuesto éste a que ciertamente ni siquiera se alude en la impugnación y que difícilmente cabe en la interpretación de la demanda.

4. Ha dicho la Corte: "El error en la interpretación y apreciación de la demanda, cuando ocurre, es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda, están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones, no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo". (Sentencia del 1º de abril de 1975).

No prosperan los cargos sexto y séptimo.

Octavo cargo.

En el ámbito de la causal primera se acusa la sentencia por la vía indirecta, de ser violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 1609 del Código Civil y por aplicación indebida de los artículos

1515, 1516, 1602, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 1416, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil, 304 del Código de Procedimiento Civil y la Ley 67 de 1935, como consecuencia de error de hecho en la apreciación de la demanda, de su contestación, y de la demanda de reconvencción.

Para fundamentar su acusación, el recurrente, luego de entrar probado el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre las partes, manifiesta que el Tribunal no se pronunció sobre el saldo del precio adeudado por la demandante al demandado, a pesar de que éste en su contestación al libelo y en su demanda de reconvencción afirmó que aquélla sólo le había pagado \$ 20.000.00 de los \$ 70.000.00 que habían convenido.

Por tal razón, dice en seguida, el fallador no tuvo en cuenta la *exceptio non adimpleti contractus*, que se deducía del hecho del incumplimiento de la actora, “ni que su propia providencia afirma no ser procedente la declaración de prescripción de dicha obligación hecha por el *a quo*...” pues para que produzca efecto, tiene que ser declarada por juez competente.

Incurrió así el *ad quem* en el error de hecho que se desprende de la parte resolutive del fallo, al declarar que el demandado incumplió sus obligaciones y guardó silencio respecto de las que tenía la demandante, dejando, por lo tanto, de aplicar el artículo 1609 del Código Civil y aplicando indebidamente las enunciadas en el inciso del cargo. De no haber incurrido en tal error se habría absuelto el demandado, dice el censor.

SE CONSIDERA

1. Como la petición del demandante en reconvencción para que se le reconociera el saldo insoluto del precio que cobró por la intervención quirúrgica, fue objeto de la excepción previa propuesta por la demandada reconvenida, de “falta de competencia” en virtud de que las obligaciones originadas en el contrato de prestación de servicios son materia asignada a la justicia laboral, se resolvió positivamente por el *a quo* sin que el reconviniendo hubiera objetado tal decisión, que quedó en firme en lo referente a dicha petición, la cual, en consecuencia, fue excluida del debate desde el auto que declaró probada la excepción.

Y aunque el Tribunal determinara que el pronunciamiento sobre la excepción de prescripción, también propuesta como previa por la demandada en reconvencción, no podía resolverse por el juez del conocimiento sino por la justicia laboral, ello no quiere decir que el *ad quem* hubiera errado al interpretar la contestación al libelo y la demanda de reconvencción, como sostiene el casacionista, puesto que por tratarse de una excepción relativa a la reclamación de honorarios, de competencia de la justicia laboral, como quedó resuelto con el auto que encontró probada la excepción de “falta de competencia” a que se hizo mención, ningún efecto podía tener sobre el negocio que dio lugar a este litigio.

2. De lo dicho se concluye que el Tribunal no tenía base alguna para declarar la excepción de “contrato cumplido”, de que trata el artículo 1609 del Código Civil, por cuanto una vez definidas las peticiones de la demanda de reconvencción, mediante la decisión favorable a las excepciones previas propuestas por la reconvenida, el negocio quedó limitado a las pretensiones

de la demanda principal y, en consecuencia, carece de fundamento el error de hecho que el recurrente le endilga al juzgador.

3. Además, cabe agregar, el recurrente no ataca ninguna de las normas que rigen la prestación de servicios profesionales, incurriendo así, como en el despacho de otros cargos se dijo, en falla técnica por no estructurar la acusación la llamada "proposición jurídica completa".

Así que el cargo es impróspero.

Noveno cargo.

En éste se acusa la sentencia del Tribunal de haber quebrantado indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1515, 1516, 1602, 1604, 1609, 1610, 1613, 1615, 1616, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil, 305 del Código de Procedimiento Civil y 1º de la Ley 67 de 1935, y por falta de aplicación del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia del error de derecho en la apreciación de determinada prueba.

En desenvolvimiento de la censura, manifiesta el impugnante que el Tribunal dio por probados los hechos de que el demandado era médico y podía ejercer en Colombia, con medios ineficaces legalmente, como son el informe de los peritos Jaime A. Fernández y Luis Alberto Angel, el interrogatorio de parte absuelto por aquél extra-procesos ante el Juez 20 Civil del Circuito de Bogotá y un hecho notorio, "por tratarse de 'un facultativo ampliamente conocido'", por cuanto la única prueba idónea es "la certificación de haber refrendado el médico su título ante el Ministerio de Educación, la de haberlo registrado ante el Secretario de Salud, y la de haber cumplido los demás requisitos que al efecto establece el artículo 46 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 1º del Decreto 1328 de 1984".

Por ser ineficaces, inconducentes e impertinentes dichas pruebas para demostrar las calidades profesionales del demandado, el Tribunal al apreciarlas indebidamente, "les otorgó un valor del cual carecen...", incurriendo así en manifiesto error de derecho, pues "no eran las que podía tener en cuenta conforme al mandato del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil y que con base en ellas no podía fundar su decisión, según lo predica el artículo 174 de la misma obra, en concordancia con el 177 *ibidem*".

Si el Tribunal no hubiera incurrido en tal error, "habría tenido que absolver al demandado por no haber sido demostrada esa calidad de medio de prueba idónea".

SE CONSIDERA

1. Para que el error de derecho en la apreciación de las pruebas dé lugar a la casación de un fallo, necesario es que influya de tal forma en la resolución de la controversia que si no se hubiera incurrido en él, aquélla habría sido contraria a la proferida por el juzgador.

De otra parte, precisa anotar que el ataque a la sentencia en el recurso extraordinario por la vía indirecta, no puede hacerse contra "una determinada prueba" cuando ella está apoyada en varios medios probatorios, porque entonces los que no fueron referidos en el cargo continuarán dándole soporte a la decisión impugnada. En efecto, ha dicho la Corte, que "no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aun en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirían las razones que en torno a las demás expuso, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación". (G. J. CXLII, Pág. 146).

Por último, cabe anotar que el recurrente debe tener un interés legítimo en la acusación que hace contra el fallo para que ella sea procedente, pues de lo contrario se impone su rechazo.

2. En la especie de esta litis, el demandado se declaró civilmente responsable y se condenó a los respectivos perjuicios, con base en su declaración extra-proceso ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, en la ausencia de pruebas respecto del tratamiento pre y post-operatorio que debía aplicar a la paciente, en el dictamen pericial de la doctora Ana Isabel Pinilla, apoyado por el doctor Navia Velasco, en la correspondencia cruzada entre las partes y en el dictamen rendido por los peritos Jaime Fernández y Luis A. Angel, sin que para el efecto hubiera tenido en cuenta el reconocimiento legal del título del galeno ni su licencia para ejercer la medicina, pues, por el contrario aceptó sus calidades profesionales por su notoriedad como experto en cirugía plástica. De tal manera que aunque la prueba respectiva no fuera la idónea, en nada influyó en la decisión, quedando, por lo demás, indemnes las pruebas precitadas que no atacó en el cargo.

3. Y si bien es cierto que el Tribunal aceptó las calidades del demandado mediante notoriedad, este hecho en cambio de perjudicar su posición en el proceso lo favorece, pues, de lo contrario, su culpa habría sido más grave al intervenir a la demandante sin tener capacidad profesional para ello. No se ve entonces cuál sea el interés del recurrente al denunciar el error de derecho que propone en esta acusación.

No prospera el cargo.

Décimo cargo.

Con apoyo en la causal primera se acusa la sentencia de segundo grado por ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida de los artículos 1515, 1516, 1546, 1602, 1604, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil, 305 del Código de Procedimiento Civil, 1º de la Ley 67 de 1935 y 8º de la Ley 153 de 1887, y por falta de aplicación del artículo 26 de la Constitución Política y de los artículos 388, inciso final y 174 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia del error de derecho cometido en la apreciación de determinadas pruebas.

En desarrollo de la censura, manifiesta el impugnante que el Tribunal examinó indebidamente los dictámenes periciales rendidos extra-proceso por la doctora Isabel Muñoz de Pinilla, con la colaboración del médico inter-nista José María Navia Velasco, y de los médicos Jaime Fernández y Luis

Alberto Angel y de Tito Tulio Roa, y Rafael Gómez Díaz, puesto que al no aparecer acreditado en los autos el pago de los respectivos honorarios en la forma prevista por la ley, no podía apreciarlos, como lo dispone el artículo 388 del Código de Procedimiento Civil *in fine*.

Si el fallador se hubiera abstenido de considerar dichos dictámenes, continúa diciendo el recurrente, no habría podido sustentar su sentencia en las demás pruebas que obran en el expediente, pues con ninguna de ellas se puede establecer con certeza que el supuesto daño se originó en la intervención del demandado, ni el perjuicio, ni tampoco deducirse que el proceso de cicatrización de la demandante fuera consecuencia directa o inmediata de dicha intervención, ni sostenerse que el cirujano incurrió en culpa en el período pre-operatorio y en el post-operatorio, ya que los documentos demuestran, de una parte, que los supuestos daños sufridos por la intervención se debieron a la cicatrización defectuosa que presentó, imposible de prever y, de otra parte, que el demandado atendió debidamente a la actora después de la operación que le practicó.

Como conclusión del cargo, afirma el censor que si el Tribunal no hubiera incurrido en el error de derecho que le endilga, habría tenido que absolver al demandado.

Undécimo cargo.

1. Con base en la causal primera se acusa la sentencia de haber quebrantado la ley sustancial por aplicación indebida y falta de aplicación de las mismas disposiciones señaladas en el cargo anterior, en virtud del error de hecho en que incurrió el fallador en la apreciación de los dictámenes periciales, también indicados en la acusación precedente, de toda la correspondencia cruzada entre la demandante y el demandado, del interrogatorio de parte rendido extra-proceso como prueba anticipada el 21 de octubre de 1977 y la historia clínica de la actora de la Clínica San Diego.

2. En cuanto a los referidos dictámenes, dice el recurrente que el *ad quem* no podía apreciarlos por no haberse acreditado en los autos el pago de los correspondientes honorarios, por manera que al haberlos tenido en cuenta para resolver el caso, incurrió en error de hecho al dar por existente en el proceso el depósito de que habla el artículo 388, inciso final del Código de Procedimiento Civil.

3. Además, dice en seguida el impugnante, el Tribunal también incurrió en error de hecho en la apreciación del dictamen pericial rendido por la doctora Isabel Muñoz de Pinilla, en cuanto no analizó su contenido sino se limitó a la descripción de las situaciones encontradas y relatadas por la demandante en el examen físico que aquélla, con la colaboración del doctor Navia Velasco, le practicó. Y es así como respecto de las secuelas cicatriciales llamadas "queloides", "la perito en ninguna parte dice que... se deban directamente a la operación practicada...". Porque es de público conocimiento que su formación "obedece a particulares características de cicatrización, imposibles de controlar". Sin embargo, en la sentencia se lee que tales queloides son, por lo menos en parte, consecuencias de la intervención. Y esto mismo se dice respecto de la hipertrofia del cornete derecho

y de una mucosidad nasal del mismo lado, cuando los peritazgos indican que no puede ser resultado de dicha intervención. Y también que a pesar de no haberse demostrado el dolor de que se quejaba la actora ante los peritos Muñoz de Pinilla y Navia, el sentenciador lo tuvo como efecto de la cirugía, incurriendo así en otro error de hecho manifiesto.

4. No vio el Tribunal, expresa el casacionista, que los peritos Fernández y Angel concluyeron su dictamen diciendo que, "exceptuando tan solo las cicatrices preauriculares y las nudosidades palpables mas no visibles en las regiones mandibulares, los demás daños o no los presenta o no tienen relación alguna de causa a efecto con la intervención quirúrgica". Y respecto a lo primero que "no existe aún técnica que elimine la producción de cicatriz una vez que haya producido una solución de continuidad ya sea con fines terapéuticos, estéticos u otros", y en relación con las nudosidades, "que son consecuencias de la complicación quirúrgica que presentó la paciente".

5. Más adelante dice el censor que el *ad quem* no sólo desconoció la trascendencia de dicha prueba, en la cual únicamente encontró demostrada la ejecución de la cirugía, sino que también la tergiversó pues los peritos no dijeron que las cicatrices se debieran al "prolongado proceso de cicatrización", ni que toda la región estuviera afectada con las fibronodulares móviles. Por consiguiente, incurrió en error de hecho evidente ya que le otorgó al dictamen en comento "un contenido objetivo del cual carece".

6. Se refiere luego al peritazgo de los cirujanos plásticos Roa y Gómez, respecto del cual dice que el fallador cometió también error de hecho por no haberlo apreciado, pues de lo contrario habría observado que la causa de las cicatrices estaba en el proceso evolutivo de cicatrización de la paciente y que para la fecha en que le practicaron el respectivo examen, el 30 de noviembre de 1981, no presentaba en la cara las consecuencias dañosas referidas. Así mismo, que la mínima desviación del tabique nasal no se debía a la rinoplastia y que no se visualizaron escoraciones en la mucosa nasal. Por lo tanto, si se hubieran tenido en cuenta estos resultados del citado dictamen, se imponía la absolución del demandado.

7. Comenta en seguida el recurrente que el Tribunal curiosamente dio por probados el título profesional del demandado y su inscripción como médico en el país, con las conclusiones del dictamen pericial de los doctores Fernández y Angel, sin ser el medio idóneo para el efecto, y que, en cambio, no las consideró para demostrar que el mismo demandado le había prometido a la actora intervenirla nuevamente o conseguirle otro médico para que lo hiciera, pero que ella se había negado por haberle perdido confianza a él y a la cirugía plástica, con lo cual incurrió en el error de hecho evidente que lo condujo a desconocer la renuencia de la demandante y su culpa derivada de la negligencia de no dejarse intervenir de nuevo para corregir sus defectos.

8. En cuanto a los exámenes previos a la operación, que el Tribunal echa de menos por no haberse acompañado su prueba al proceso y no encontrarse en la historia clínica de la demandante en la Clínica San Diego, manifiesta el impugnante en primer lugar, que no se demostró en parte alguna del negocio que tales exámenes fueran "determinantes de la factibili-

dad de la intervención quirúrgica”, y en segundo lugar, que no es en la historia clínica de los pacientes donde debe estar, sino en la historia del cirujano que es quien los ordena.

9. Luego dice, que las presuntas consecuencias post-operatorias de la actora nada tuvieron que ver con los citados exámenes, pues con éstos o sin éstos, aquéllas no podían preverse ni evitarse. Y además, se dice que en el dictamen memorado, que tales exámenes “son actualmente carentes de utilidad ‘debido a la ausencia de datos positivos en ninguno de ellos’”. Como el sentenciador ignoró dicha conclusión de los peritos, dedujo erróneamente los daños sufridos por la demandante de la ausencia de los exámenes en mención.

10. Manifiesta a continuación que el Tribunal en forma inadmisiblemente encuentre culpable al demandado porque no consta que hubiera advertido a la paciente respecto de las circunstancias de salud subsiguientes a la operación, el tiempo del post-operatorio, el hecho de no haberle ubicado en la sede de su ejercicio profesional y el de no haberle recomendado un médico exterior.

11. Para rematar el cargo, el recurrente afirma que si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho en la apreciación de las pruebas descritas, habría absuelto al demandado y negado las súplicas de la demanda.

SE CONSIDERA

1. *La profesión médica, cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su trasgresión delictiva o culposa puede dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquélla configure una conducta tipificada por la ley penal o que quede circunscrita a la responsabilidad civil.*

En consecuencia, el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación o su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Ahora bien, cuando de responsabilidad civil se trate por ejercicio profesional del médico, ella puede ser contractual cuando se origina en el incumplimiento del contrato, o extracontractual si nace de un hecho que perjudica a otro, sin que exista un vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien lo sufre, debiéndose en ambas situaciones responder por la conducta irregular, igual que en todos los campos de la actividad humana.

Sin embargo, como una y otra tiene su regulación especial en la legislación positiva, es preciso determinar en cada caso de cuál se trata para aplicar las disposiciones legales pertinentes. Así tenemos que nuestro Código

Civil se refiere a la responsabilidad contractual en el título XII de su libro 4º y de la extracontractual en el título XXXIV del mismo libro.

2. Como en general, la responsabilidad civil médica nace de un acto jurídico, o sea en un contrato de prestación de servicios, conviene analizar brevemente sus lineamientos para establecer cuándo se da esa responsabilidad.

Mediante contrato el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto, aquél debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que ésta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever.

Por tal razón, la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado el enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que sabía que era el indicado. En efecto, la Corte en su sentencia del 5 de marzo de 1940 expresó: "La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...". (G. J. 1935, pág. 118).

Así, el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, por haber puesto todo el cuidado que el caso requería, caso fortuito, fuerza mayor o culpa del paciente por no haber cumplido las prescripciones respectivas.

3. Síguese de lo dicho, que para que pueda darse la responsabilidad de que se trata, será necesario establecer primero la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la cual puede haberse constituido mediante un contrato verbal, un contrato solemne o un documento privado. En segundo lugar, habrá de probarse el daño causado a la víctima, luego la conducta descuidada del demandado y por último que ésta fue la causante de tal daño.

Por lo que a la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano.

Así las cosas, deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le

hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada.

Pero, si tal resultado no se ha asegurado expresamente, cuando no se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o ausencia de ésta.

4. En la especie de esta *litis* encontró el Tribunal culpable al demandado, por no haber preparado debidamente a la actora antes de la cirugía estética que le practicó, ni haberla tratado después en el período post-operatorio, incumpliendo así su obligación contractual, con base en el interrogatorio de parte rendido extra-proceso por el mismo demandado, los peritazgos practicados antes y dentro del proceso, la correspondencia cruzada entre las partes y la ausencia de pruebas sobre la conducta diligente que debía asumir el médico antes y después de la cirugía que realizó en la persona de la actora.

El recurrente, por su parte, impugna el fallo del *ad quem* por error de derecho en el primero de los cargos de que se trata y de hecho en el segundo en la apreciación de los dictámenes periciales de la doctora Ana Isabel Muñoz de Pinilla, llevado a cabo antes del proceso con la colaboración del facultativo internista Juan José Navia Velasco, y de los presentados por los doctores Jaime A. Fernández y Luis A. Angel, en virtud de que no podía tenerlos en cuenta por no haberse acreditado en los autos el pago de los respectivos honorarios en la forma prevista por la ley, como lo exige el artículo 388 *in fine* del Código de Procedimiento Civil.

5. Al respecto se impone, además, resaltar que el décimo cargo, que lo hace consistir el censor en error de derecho por la circunstancia de haber examinado indebidamente los dictámenes periciales, por razón de no haber satisfecho la carga procesal prevista en el artículo 388 del Código de Procedimiento Civil (*in fine*), es incompleto por cuanto se orientó exclusivamente contra la prueba técnica en mención; sin desvirtuar con la debida precisión la indicación de los demás elementos de convicción que tuvo en cuenta el juzgador y que por sí solos sirven para dar punto de apoyo a la decisión que se combate. Son consideraciones libres de ataque, sustentadoras de la sentencia.

6. Y en lo que toca con el cargo undécimo, no se escapa que el recurrente incurre también en falla de técnica, por cuanto ataca la sentencia del Tribunal por error de hecho en la apreciación de los mencionados peritazgos, tratándose a toda luz de un error de derecho por no haberse cumplido el requisito indicado en el inciso 4º del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil. Además, no enjuicia todas las pruebas sobre las cuales apoya el Tribunal la decisión.

No prosperan los cargos décimo y undécimo.

DECISIÓN

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Co-

lombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso de Mary Cielo Marín Penagos contra Alfredo Nicolás Chain Igha.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides.
Secretaria.

PROMESA DE COMPRAVENTA

Determinación del contrato.

Interpretación del numeral cuarto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 en cuanto al requisito de la determinación del contrato prometido. Naturaleza de la prestación que nace de la promesa y naturaleza del objeto de la promesa. Diferencias entre objeto del contrato y objeto de las obligaciones. Necesidad de alinderación de los inmuebles.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., 27 de noviembre de 1986.

Falla la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada respecto de la sentencia dictada el 30 de octubre de 1985, por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por Miguel Alberto Rosero Galvis en contra de Aracelly Perilla Perilla.

ANTECEDENTES

En demanda cuyo conocimiento asumió por reparto el Juzgado Vigésimonoveno Civil del Circuito de Bogotá, el actor solicitó la resolución del contrato de compraventa (sic) celebrado con la demandada y cuyo objeto era el inmueble citado en el hecho segundo de la demanda. Consecuencialmente, pidió que la demandada fuera condenada al pago de los perjuicios, y la suma de \$ 200.000.00 por su valor upaquizado (sic), suma a ella entregada por razón del contrato dicho; y como medida previa impetró el registro de la demanda.

En apoyo de esas pretensiones expuso los hechos que se compendian del siguiente modo:

El demandante como promitente comprador, y la demandada como promitente vendedora, suscribieron el 31 de mayo de 1983 una promesa de

compraventa del apartamento distinguido con el número 202 del edificio situado en la calle 5 B, número 31 B-63 de Bogotá, conformado y alindado como se expone en el hecho segundo de la demanda, y con sujeción a planos de la correspondiente propiedad horizontal. En la cláusula 3ª del contrato, la demandada dijo que el inmueble era de su propiedad y se hallaba libre de gravámenes, limitaciones de dominio y condiciones resolutorias. Sin embargo, de acuerdo con la Escritura Pública número 0298 del 2 de marzo de 1981 de la Notaría 21 de Bogotá, por medio de la cual la demandada adquirió el inmueble objeto de la promesa, existe una condición resolutoria por causa de un saldo del precio, que asciende a la suma de \$ 240.000.00, y de la que no hay constancia de pago elevada a escritura pública.

La demandada, por razón de la promesa de contrato, recibió la suma de \$ 200.000.00, a título de arras de retractación; además, se convino que la suma de \$ 1.400.000.00, devengaría intereses a la tasa del 2.5% sobre saldos, y se pagaría el 1º de septiembre de 1983, en el lugar donde debería correrse la escritura pública. En esta fecha y en la notaría correspondiente, se hizo presente el demandante a fin de celebrar el contrato prometido, según consta en la escritura de comparecencia número 2449 del mismo día. La otra parte no cumplió con el saneamiento de la condición resolutoria antes indicada, no siendo posible, por tal causa, otorgarse el respectivo instrumento público.

En su respuesta a la demanda, la demandada aceptó los hechos atinentes a la existencia de la promesa de compraventa, la identificación del objeto de la misma, el contenido de la cláusula 3ª sobre la ausencia de condiciones resolutorias, la forma de pago pactada y la presencia de su título adquisitivo, observando que se atenía al contenido del documento suscrito entre las partes. Negó la existencia de la condición resolutoria a que alude el demandante, y en cuanto a la comparecencia de éste a la Notaría, señala que lo hizo con el designio de incumplir la promesa de contrato.

Se opuso, pues, a las pretensiones del actor, y propuso las excepciones de "contrato no cumplido" y de "petición de modo indebido".

El Juzgado del conocimiento encontró probada la primera de las referidas excepciones y así lo declaró en el fallo por él dictado. Interpuesto el recurso de apelación por el demandante, el Tribunal, en el que es objeto del presente recurso de casación, a vuelta de revocarlo, decretó la nulidad del contrato de promesa y, consecuentemente, condenó a la demandada a restituir al demandante la suma de \$ 200.000.00, teniéndose en cuenta la devaluación monetaria.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Tras de decir en qué consiste la pretensión del demandante, el Tribunal consideró que los contratantes omitieron identificar el apartamento objeto del contrato prometido por medio de los linderos especiales del mismo, ya que tan solo señalaron los del edificio del que forma parte y, en cuanto a los primeros, dijeron que "los conoce el prometiende comprador y son los mismos que aparecen en los planos aprobados para el mismo y que figuran en el correspondiente reglamento de propiedad horizontal".

Agrega el *ad quem* que si el objeto del contrato era un apartamento y no el edificio todo, la promesa tenía que contener los linderos de aquél para que así se le diera cumplimiento al ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Sostiene que la remisión arriba mencionada es insuficiente porque, acorde con este precepto, el contrato prometido debe especificarse de modo que “para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”, mandato no cumplido cabalmente acá.

Termina, pues, diciendo que la promesa de compraventa objeto del litigio se halla afectada de nulidad absoluta por falta de uno de sus requisitos esenciales; conclusión que, en armonía con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, lo condujo a revocar la sentencia apelada para, en su lugar, decretar de oficio la referida invalidez, y condenar a la demandada a restituirle al actor la suma de \$ 200.000.00, reajustada de conformidad con la devaluación monetaria.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos formula el recurrente en contra de la sentencia que se ha dejado compendiada, todos ellos dentro del ámbito propio de la causal primera (Num. 1º, Art. 368, C. de P. C.), y por la vía directa.

En el primer cargo se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 89, numeral 4º de la Ley 153 de 1887, y de los artículos 1501, 1502-3º, y 1518 del Código Civil, por interpretación errónea, y consecuentemente, de los artículos 31 del Decreto 960 de 1970, 1740, 1741, 1746, 961, 963 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, por aplicación indebida.

Después de algunas explicaciones preliminares en torno al sentido de la acusación, de destacar el carácter preparatorio de la promesa de contrato, al igual que su función económico-social, y de transcribir íntegramente el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, denota cómo el Tribunal le dio al numeral 4º de este precepto un alcance revaluado por la jurisprudencia, pues la Corte, en sentencia de casación del 25 de septiembre de 1979, según extensa cita que de la misma verifica, definió, entre otras cosas, que no existe “...razón valedera para sostener que la promesa de venta o de permuta sea ineficaz cuando las cosas prometidas, sin embargo de no aparecer determinadas en aquélla, sí son determinables con las bases que para conocerlas con certeza se establecen en el contrato...”.

Apuntalado en esa jurisprudencia, entra el recurrente a observar cómo la correcta interpretación del numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, tratándose de la promesa de compraventa de inmuebles, le da cabida a la determinabilidad posterior del objeto, para exponer lo que textualmente se transcribe:

“Si acorde al sentir del Tribunal, los linderos del inmueble prometido en venta, son un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato, indiscutiblemente, erró en la interpretación del artículo 1501 del Código Civil y confundió existencia con nulidad de los negocios jurídicos. Aún admitiéndose en *gratia discussione*, que en derecho civil, la omisión de un requisito existencial del negocio jurídico genera nulidad, también erró el Tribunal de Bogotá en la interpretación del artículo 1501 del Código Civil,

al estructurar la copia e inserción de linderos del inmueble prometido en venta por elemento esencial para el perfeccionamiento del contrato, ya que para ello es bastante con que la cosa quede determinada *ab initio* o sea determinable con posterioridad sobre las bases negociables contactadas desde antes. Y, por esa misma virtud, interpretó erróneamente el artículo 1518 del Código Civil, concordante con los artículos 1501, 1502-3º, *ejusdem* y el numeral 4º de la ley (sic) 153 de 1887, pues de acuerdo con aquella norma, la cosa puede ser determinable, no siendo menester, aunque sí aconsejable, la determinación inicial”.

Después dice que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 31 del Decreto 960 de 1970, “pues sólo en los actos de disposición del dominio de bienes raíces, es cuando la ley exige la inserción de sus linderos...”, cuando, evidentemente, la promesa “no es acto de enajenación sino preparatorio o preliminar, del que emana la prestación de hacer, de celebrar el contrato definitivo de venta, donde sí ha de menester la transcripción de los linderos”.

En el cargo segundo, el recurrente le imputa al Tribunal el quebranto de los mismos preceptos relacionados en el anterior, y también por los mismos conceptos, salvo el del artículo 1518 que lo tiene como no aplicado.

Después de aludir a las distintas clases de violación de la ley sustancial y, en particular, de referirse a la interpretación errónea, el casacionista, al sustentar este cargo, señala cómo el Tribunal incidió en la última forma de quebranto respecto del numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, al concluir, en su fallo, en la existencia de una nulidad.

Comenta las diferencias advertibles entre la “existencia” (sic) y la nulidad absoluta, para volver sobre el texto de la norma antes citada y decir, con fundamento en transcripción que efectúa de un paso del fallo recurrido, que el numeral 4º no exige “que para la validez de un contrato de promesa de compraventa de bienes raíces, haya de insertarse, copiarse los linderos del inmueble...”. Vuelve sobre la jurisprudencia sentada por la Corte en su sentencia del 25 de septiembre de 1979 y, tras repetir que el Tribunal interpretó erróneamente el numeral 4º del artículo 89, manifiesta que, igualmente, ignoró el artículo 1518 del Código Civil, por cuya virtud “la cosa puede ser determinada o determinable”, y que también interpretó erróneamente el artículo 1501 *ib. ya* que ni “los linderos del inmueble, ni su inserción en el contrato de promesa, son requisito esencial de éste...”, para adentrarse, a continuación, en la exposición de las normas que, en su sentir, se aplicaron indebidamente como una secuela de la interpretación errónea del ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153.

El esquema del cargo tercero es similar al del primero, con la adición consistente en que así mismo tiene como violado al artículo 1609 por falta de aplicación.

Su fundamentación, desde luego, es también similar, para concluir con que “...estándose en presencia de un contrato existente y válido, por reunir todos sus elementos esenciales y ajustarse al derecho cogente, ha de cumplirse por los disponentes, e incumplido por uno de éstos, ha de reconocerse ese incumplimiento, de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil Colombiano, norma así inaplicada”.

SE CONSIDERA

Toda la argumentación del recurrente en los tres cargos que se han dejado sintetizados, gira en torno a la interpretación que merezca el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en su ordinal 4º. Para dilucidarla, por lo menos en el aspecto del precepto en el que la Sala pone ahora su atención, se ha de empezar por recordar que la norma mencionada es una reproducción del artículo 1554 del Código Civil chileno, precedente del colombiano, lo que, de entrada, conduce a decir que el texto del artículo 89 no debe ser mirado como una especie de cuerpo extraño que, dentro de la sistemática del ordenamiento, esté urgido de adecuarse a los principios generales del mismo.

El carácter de validez excepcional que el artículo 89 de la Ley 153 le confiere a la promesa de contrato no es, pues, el fruto de un propósito carente de justificación del legislador patrio, como que, por lo visto, se trata de una idea concebida por el propio Bello, quien, en su proyecto de 1853, llegó hasta asimilar la promesa al contrato prometido cuando éste fuera consensual; enfoque que, como es sobreentendido, no se mantuvo en la que en definitiva vino a ser la norma. Mas la tendencia sí pervivió por cuanto, de un lado, la validez de la promesa no es la regla general, sino la excepción; y, de otro, es patente cómo, por el sendero de su perfeccionamiento, se quiso llevar a la promesa lo más cerca posible de la relación prometida, más sin que tal aproximación pudiera dar pie para diluir la autonomía de uno y de otro contrato.

Es, entonces, desde la anterior perspectiva de donde se debe partir para lograr la medida, no sólo de lo excepcional de la validez de la promesa, sino también, y por sobre todo, de la perentoriedad de las exigencias enunciadas en el precepto, particularmente de las de su ordinal 4º, en el que, para decirlo desde ya, a la posterior creación del contrato prometido se le asigna un linde muy concreto, el que sin embargo, no puede tenerse como sinónimo de reducido.

También con el propósito de escudriñar en busca del verdadero alcance del ordinal 4º del artículo 89, y no obstante que ello, de cierto modo, pueda tildarse de tópico, es oportuno aludir a la naturaleza de la prestación que nace de la promesa, al igual que a la del objeto de la misma. Admitiendo sin vacilaciones que es apropiada la distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación, y, en consecuencia, el que sea posible ver en el primero el surgimiento o la creación de obligación, y en el segundo aquello a lo que se vincula la prestación de dar, de hacer o de no hacer (Art. 1517, C. C.), es decir, "el bien jurídicamente tutelado". Y admitido también que después de verificada esa distinción, se llegue, por elipsis, a identificar el objeto del contrato con el de la obligación que de él proviene, lo que no se ha de perder de vista es que, de todos modos, a la promesa y al contrato prometido los sigue entretejiendo una obligación de hacer que, partiendo de la primera, está orientada a la creación del segundo. El advertimiento —que mejor sería denominar el realce— de la existencia de esta obligación de hacer, palpable a simple vista en el propio Código, y señalada innumeradas veces por la jurisprudencia, es de una gran importancia para el propósito que aquí se persigue.

Efectivamente, dejando de lado la dificultad derivada de no ofrecer el Código una visión coherente y unitaria en torno a lo que es objeto de los actos y declaraciones de voluntad, cuestión que se nota en diversos preceptos reguladores de la materia, incluso en el artículo 1518, es lo cierto que en éste, lo determinado o lo determinable son características que se le atribuyen a las cosas, no a los hechos, en relación con los cuales lo que se ha de mirar es que sean física y moralmente posibles, tal como se pide en su inciso final.

Y no podía ser de otra manera porque el hecho, por su naturaleza intrínseca, siempre tiene que aparecer determinado tanto en cuanto a la conducta, como en cuanto al objeto de la misma, aserto comprensible por la obvia inescindibilidad entre una y otro. Es, por supuesto, imaginable que la relación jurídica contemple varios hechos entre los que al acreedor, o al deudor, le quepa escoger; pero, por fuera de tales hechos han de estar singularizados desde un comienzo, en semejante evento, antes que objeto determinable, lo que existe es una obligación alternativa, o facultativa.

Entonces, si de la promesa de contrato surge una obligación de hacer que versa sobre la ulterior celebración de un contrato, y dicha obligación, así concebida, es el objeto de la promesa, el hecho respectivo debe quedar especificado o singularizado, en los términos de la ley, desde que el contrato preliminar se estipule porque el artículo 1518 del Código Civil, no le sería aplicable a tal tipo de relación en sus dos primeros incisos, sino en su apartado final.

Por otra parte, la especificación o singularización del hecho atinente a la celebración del contrato prometido no es punto que la ley defiera a la discrecionalidad de los sujetos de la promesa, pues esa singularización ha sido imperativamente prefijada en el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153. Allí se consagra una clara correlación entre la determinación del contrato prometido y los procedimientos o requisitos legales que sean esenciales para concluirlo. De hecho, si en un caso dado sólo está pendiente la ejecución de esos requisitos, es porque el contrato prometido se encuentra determinado a cabalidad. Pero si, por fuera de los mismos, todavía se necesita que se dé otro paso cualquiera a intento de concluir el contrato, ya no será viable afirmar que la determinación se ha cumplido de modo satisfactorio, es decir, según la contempla la ley.

Proyectadas las anteriores premisas al contrato de compraventa de bienes inmuebles, y habida cuenta de que en el mismo, por fuera de los sujetos, son sus elementos esenciales, la cosa vendida, el precio que por ella se paga, y la escritura pública como solemnidad ad substantiam actus, se sigue que el otorgamiento de este último acto debe ser el que reste por cumplir, cuando en la promesa los otros componentes del contrato concurren de la manera preestablecida en la ley. Por consiguiente, los sujetos del contrato han de quedar individualizados en el texto de la promesa, máxime cuando también son los propios de esta última relación convencional. Por lo que atañe al precio, puede él ser determinado o determinable, acorde con la permisión de los artículos 1864 y 1865; en tal virtud, si el contrato prometido se puede perfeccionar aún en el supuesto de que el precio sea determinable, no existe ningún impedimento para que en la promesa ocurra

otro tanto. En cambio, cuando el objeto del contrato es un bien inmueble, la dirección del problema cambia de rumbo, pues si su identificación por medio de linderos tiene que aparecer en el instrumento público también debe consignarse en la promesa, porque el notarse su ausencia en ésta simbolizaría que el perfeccionamiento del contrato quedaría supeditado, no sólo al otorgamiento de la escritura pública —como es lo que dice el precepto—, sino también a la averiguación de los detalles por medio de los cuales se distingue un inmueble.

En suma, el alindamiento del inmueble objeto del contrato prometido ha de formar parte de la descripción que de dicho contrato se realice en la promesa a causa de que sin él ese contrato no podría ser perfeccionado. Desde luego, otro podría ser el cariz de la cuestión si legalmente no se exigiera que en el contrato prometido, destinado a la enajenación de un inmueble, éste se especificara por medio de sus linderos porque, en tal hipótesis, por fuera de las solemnidades legales, no habría ninguna otra cosa que interfiriera con la efectución del contrato.

El soporte último de lo precedentemente expuesto hállase en lo que un comienzo se manifestó: no obstante que la promesa ofrezca su propio e inconfundible contorno jurídico, es innegable que, en su estructura y en su función, se guía por el contrato prometido por ser éste el que le proporciona sentido a su causa y a su objeto. De ahí, el correlativo y proporcionado anudamiento que entre ambos debe darse; de ahí también, el porqué la promesa, al trazar su influjo sobre el contrato prometido, lo deba perfilar de una manera tal que éste, al momento de su realización, no pueda menos que ser mirado como un fiel trasunto de la descripción vertida en la promesa.

El contrato prometido, especificado según las voces del numeral 4º del artículo 89, como ya se anotó, viene a constituir el objeto de la obligación de hacer que brota de la promesa; o, de modo elíptico, el objeto de la promesa misma. Entonces, cuando la representación que del contrato prometido se lleva a cabo en el tenor de tal promesa no se amolda al precepto acabado de mencionar, esa divergencia significa que brilla por su ausencia uno de los requisitos esenciales que la ley prescribe para la validez del acto o contrato (Art. 1740 C. C.).

En la promesa, esa ausencia del requisito es tanto más acuciante de la invalidez del acto cuanto que, como se encuentra establecido, ella únicamente tiene vocación para producir obligaciones por vía de excepción.

En la especie de esta *litis*, el Tribunal, de oficio, declaró la nulidad absoluta de la promesa de contrato pactada entre los litigantes porque no se incluyeron los linderos especiales del apartamento objeto del contrato prometido, conclusión fáctica que no fue combatida por el recurrente quien ha dirigido todos los cargos por la vía directa. Por consiguiente, y con apoyo en lo que se ha manifestado, juzga la Sala que *el ad quem* no vulneró ninguno de los preceptos que hizo obrar en su decisión. Especialmente, le dio al artículo 89, ordinal 4º, de la Ley 153 de 1887, la significación que conforme a derecho le correspondía, y, en consecuencia, enlazó el caso con las normas que gobiernan la nulidad absoluta, como tenía que ser.

Por tanto, ninguno de los cargos es apto para quebrar la sentencia.

DECISIÓN

Por lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 30 de octubre de 1985, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra, Jairo Parra Quijano (Conjuez).

Inés Galvis de Benavides.
Secretaria.

INDICE ALFABETICO

1986

A

- Acción reivindicatoria
 - contra ente público, 255.
 - propiedad y posesión, 104.
 - prueba de sus elementos, 184.
- Acción resolutoria (obligaciones de hacer), 358.

B

- Banco (responsabilidad del), 290.

C

- Casación
 - ámbito de competencia, 341.
 - error de derecho, 184.
 - error de hecho, 17.
 - error de hecho, error de derecho, 28, 62.
 - excepción previa, 322.
 - inconsonancia, 104.
 - proposición jurídica completa, 312.
 - reformatio in pejus*, 139.
 - violación ley sustancial, 62.
- Certificado del Registrador, 333.
- Compraventa (evicción en la), 164.
- Compraventa mercantil, 120.
- Consulta (reconstrucción expediente), 162.
- Contrato de prestación de servicios profesionales independientes, 358.

- Copia (valor probatorio), 175.
- Corrección monetaria (aplicación oficina), 17.

CH

- Cheque (pago del falsificado), 290.

D

- Demanda en forma, 358.
- Derecho de retención, 199.
- Deslinde y amojonamiento (proceso ordinario), 62.
- Documento
 - acompañado a la demanda, 184.
 - fotocopia, 175.
- Dominio (inmuebles), 333.

E

- Ejecución providencias judiciales, 208.
- Escritura pública (inexistencia), 5.
- Estado civil (registro civil), 147.
- Evicción, 164.
- Excepción previa (sin casación), 322.
- Exequatur* (nulidad matrimonio canónico), 325.

F

- Fotocopia (valor probatorio), 175.

- I
- Indicio, 222, 239.
- Inmueble
dominio, 333.
linderos, 390.
- M
- Médico (responsabilidad), 358.
- Mora del deudor (indemnización de perjuicios), 89.
- N
- Nulidad procesal
efectos pronunciamiento de la, 208.
legitimación, 28.
- P
- Paternidad natural
efectos sentencia, 348.
exceptio plurium constupratorum, 147.
- Plazo y condición, 275.
- Posesión (agregación o unión), 95.
- Prescripción (interrupción), 299.
- Presunción, 222, 341.
- Presupuestos procesales (demanda en forma), 358.
- Promesa de compraventa
acciones, 139.
- determinación del contrato, 390.
linderos, 390.
requisitos, 5.
- Promesa de contrato (plazo y condición), 275.
- Proposición jurídica completa (obligaciones y negocios mercantiles), 312.
- Prueba
ante jueces colegiados, 59.
trasladada, 222.
- R
- Reconstrucción expediente (consulta), 162.
- Registro civil, 147.
- Responsabilidad contractual (del médico), 358.
- Responsabilidad extracontractual, 222.
- Revisión sentencia juez de menores, 51.
- S
- Sentencia (ejecución o cumplimiento), 208.
- Separación indefinida de cuerpos (legitimación), 329.
- Simulación, 28, 239, 266.
- Sociedad conyugal (características), 239.
- Sucesión - Sociedad conyugal ilíquida, 184.

INDICE CRONOLOGICO
SENTENCIAS PUBLICADAS

1986

	Págs.
PROMESA DE COMPRAVENTA. Requisitos. <i>Acudir a la acción ejecutiva prevista en los artículos 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil, no es vía para subsanar la nulidad absoluta en que se incurre cuando se ha omitido señalar la fecha y la notaría donde se suscribirá la escritura pública correspondiente.</i> Sentencia del 19 de marzo de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Rebeca Ramos de Vargas contra Rafael Espitia Bernal. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe	5
CORRECCION MONETARIA. Aplicación oficiosa. <i>El sentenciador puede oficiosamente hacer el reajuste monetario en la sentencia, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, en aras de la equidad y la igualdad de la justicia. Entre las condiciones establecidas por la ley para que el pago tenga la entidad de extinguir la obligación, está la de ser completo, y para ello debe incluir la corrección monetaria, en caso de deudores morosos especialmente.</i>	
CASACION. Error de hecho. <i>En la interpretación de la demanda.</i> Sentencia del 19 de marzo de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Palillera Colombiana Ltda. "Pacol" contra Empresa de Transportes El Proveedor Ltda. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández	17
SIMULACION. <i>Al juez le es permisible dejar de lado lo que en el instrumento público han consignado las partes para otorgarle mérito a medios diferentes de prueba, cualquiera que sea su naturaleza, si es que éstos racionalmente lo persuaden por su mayor fuerza de convicción.</i>	
NULIDAD PROCESAL. Legitimación para invocarla. <i>Tanto dentro del curso del proceso como a través del recurso de casación sólo puede ser invocada por el litigante afectado con ella.</i>	
CASACION. Error de hecho - error de derecho. <i>Tienen distinta naturaleza jurídica, existe entre ellos gran diferencia y no se pueden confundir o confundir sus fundamentos.</i> Sentencia del 24 de abril de 1986. <i>No Casa</i> la	

	<i>Págs.</i>
proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el ordinario de Carlina Parra de Tamer y otras contra Angel María y Enrique Parra Suárez y Cecilia Parra de Lora. Magistrado ponente: doctor <i>Héctor Marín Naranjo</i>	28
REVISION SENTENCIA JUEZ DE MENORES. Intervención del Ministerio Público. <i>La ley no contempla su intervención en esta clase de procesos, ya que la defensa de los intereses del menor se le encomienda de modo exclusivo a un curador cuya designación le compete al Juez de Menores.</i> Sentencia del 3 de junio de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Jorge Eliécer González Chacón contra los menores Myriam Constanza y Héctor Miguel Rozo citados al proceso por intermedio de su madre la señora María Graciela Rozo. Magistrado ponente: doctor <i>Héctor Marín Naranjo</i>	51
PRUEBAS - Ante jueces colegiados. <i>Análisis de los conceptos de la "obligatoriedad de las formas procesales", "debido proceso", "nulidad", "simple irregularidad", "audiencia", "diligencia judicial". Las pruebas se practican por el magistrado ponente únicamente a menos que las partes soliciten que asista la Sala o ésta crea conveniente asistir.</i> Auto del 10 de junio de 1986. Mantiene la providencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Jorge Eliécer Acevedo Sánchez contra María Eunice Villa Martínez. Magistrado ponente: doctor <i>Guillermo Salamanca Molano</i>	59
DESLINDE Y AMOJONAMIENTO - Proceso ordinario. <i>Es de recibo plantear cuestiones atinentes a la propiedad y posesión de los predios materia de deslinde. Condiciones de la demarcación.</i>	
CASACION - Violación ley sustancial. <i>Vía directa, vía indirecta. Error de hecho, error de derecho.</i> Sentencia del 16 de junio de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Luis Francisco Vargas Osorno contra María Teresa Arciniegas Caicedo. Magistrado ponente: doctor <i>Alberto Ospina Botero</i>	62
MORA DEL DEUDOR - Indemnización de perjuicios. <i>Regla general: La mora debitoria requiere de la solemnidad de la reconvencción judicial. Se exceptúan los casos señalados en los ordinales 1º y 2º del artículo 1608 del Código Civil. La demanda ordinaria de resolución o cumplimiento del contrato no puede hacer las veces de reconvencción judicial. Sólo a partir de la reconvencción el deudor queda en mora y, por ende, obligado a pagar perjuicios al acreedor.</i> Sentencia del 21 de junio de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Héctor Rojas Baquero contra Roberto Matallana. Magistrado ponente: doctor <i>Alberto Ospina Botero</i>	89
POSESION - Agregación o unión. <i>Para que la transferencia de la posesión a título singular dé lugar a la agregación de posesiones, se requiere un negocio traslativo como la compraventa, la permuta, la donación, negocios que en</i>	

Págs.

tratándose de inmuebles deben constar en escritura pública. Con base en una promesa de compraventa no puede el promitente comprador sumar o agregar a la suya la posesión del promitente vendedor por cuanto el título constituido con la promesa es el de hacer y jamás el de trasladar. Sentencia del 26 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Efraín Ortiz Carvajal contra herederos de Ignacio Perilla y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*

95

ACCION REIVINDICATORIA - Propiedad y posesión. *Es propio de este linaje de procesos bien el enfrentamiento de títulos del reivindicante contra la mera posesión del demandado, ora de títulos de aquel contra títulos y posesión del opositor.*

CASACION - Inconsonancia. *No se da en fallo absolutorio; ni en la falta de correspondencia entre la parte motiva y la dispositiva del fallo; ni por discrepancia entre lo probado y lo resuelto.* Sentencia del 22 de julio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Inés Jaramillo de Mesa contra el Banco Central Hipotecario. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*

104

COMPRAVENTA MERCANTIL - Preceptiva del artículo 915 del Código de Comercio. *Acciones que la ley señala ante la inejecución o el cumplimiento defectuoso o tardío del contrato y las defensas que tiene el demandado frente a ellas, entre las que se cuenta la de "contrato no cumplido". Alegar insanidad de lo entregado es excepción cuyos hechos constitutivos debe probar el demandado, pues no constituye la excepción del contrato no cumplido.* Sentencia del 23 de julio de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de M. R. de Inversiones Ltda. contra Cooperativa Agropecuaria del Meta Ltda. "Coagrometa Ltda.". Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*

120

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Acciones del promitente comprador, aun contra terceros.*

CASACION. *Reformatio in pejus. Ocurrencia.* Sentencia del 23 de julio de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Edilberto Londoño Trujillo contra Gonzalo Sanint Mejía e Inversiones Guadalupe Ltda. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*

139

PATERNIDAD NATURAL - Exceptio plurium constupratorum. *Necesidad de la prueba de la maternidad.*

ESTADO CIVIL - Registro civil. *Por su trascendencia los hechos y los actos que la constituyen están sometidos a un régimen de registro y de prueba de carácter especial, de estricto cumplimiento.* Sentencia del 23 de julio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Alberto del Socorro Bolívar contra María Ofelia y Julic Eduardo Bolívar Guevara Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*

147

- Págs.*
- CONSULTA - Reconstrucción del expediente. *De acuerdo con el artículo 1º regla cuarta del Decreto 3829 de 1985, si no se solicita oportunamente la reconstrucción del expediente destruido, se entiende confirmada la sentencia que se encontraba en la Corte para efectos de consulta.* Sentencia del 30 de julio de 1986. Entiéndase confirmada la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Marta Magdalena Agudelo Ossa contra Eusebio Patiño López. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* 162
- LA EVICCIÓN. *Obligaciones del vendedor, cuando ocurre la evicción y en especial lo atinente al pago del aumento del valor que haya tomado la cosa evicta en poder del comprador, y de los frutos producidos.* Sentencia del 13 de agosto de 1986. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Lázaro Muñoz Rodríguez, contra Alfredo Pulido Pulido. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 164
- DOCUMENTO - Fotocopia. *Copia y reproducción mecánica o fotocopia, su autenticación y su valor probatorio.* Sentencia del 15 de agosto de 1986. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Lucrecia Villanueva Vda. de Ramírez contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la sociedad Expreso Bolivariano S. A. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* 175
- ACCION REIVINDICATORIA - Prueba de sus elementos. *El dominio en el demandante se demuestra sólo frente al poseedor. La posesión del demandado, así como la identidad y singularidad del bien, son hechos susceptibles de prueba de confesión hecha en la contestación de la demanda.*
- DOCUMENTO. *Los que se acompañan a la demanda y a la contestación de la demanda, cumplen con los requisitos de publicidad y contradicción.*
- SUCESION - Sociedad conyugal ilíquida. *La sucesión es una comunidad universal que incluye los derechos del socio sobreviviente (cónyuge) y de los asignatarios a título universal.*
- CASACION - Error de Derecho. *No se incurre en esta clase de yerro cuando a pesar de no haber hecho el sentenciador un análisis evaluativo de la prueba, la decisión que toma se ajusta a las normas legales.* Sentencia del 23 de agosto de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de José Vicente López Cabrera, contra Segundo Ignacio Cuastumal Portillo y Campo Elías Erazo Pantoja. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* 184
- DERECHO DE RETENCION - No procede acción reivindicatoria. *No es el proceso reivindicatorio el cause procesal idóneo para obtener la restitución de un bien que los demandados detentan en virtud del derecho de retención que se les reconoció judicialmente.* Sentencia del 26 de agosto de 1986. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de César Humberto Restrepo Rendón y otros, contra Bernardo Palacio Soto y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* 199

Págs.

EJECUCION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. Sentencia - Ejecución o cumplimiento. *El término de dos meses es preclusivo para el ejercicio de los derechos "ante el mismo juez", pero no implica la caducidad del título ejecutivo que es la sentencia, y por tanto pueden hacerse efectivos a través del proceso ejecutivo "y ante el juez competente, conforme a las reglas generales", cualquiera que haya sido la condena.*

NULIDAD PROCESAL. *La cosa juzgada impide tramitar procesos idénticos. Taxatividad de las causales de nulidad. El pronunciamiento interlocutorio sobre inexistencia de una nulidad sólo afecta las que son saneables; en relación con las no saneables, el vicio procesal subsiste.* Sentencia del 23 de agosto de 1986. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Marcos Nieto Piñeros, contra Elvira Rincón Vda. de Franco, Margarita Franco Rincón y otros. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano* 208

Salvamento de voto de los doctores *Alberto Ospina Botero* y *Héctor Marín Naranjo* 218

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. *Actividad peligrosa. Parangón entre indicio y presunción. Culpa de la víctima.*

PRUEBA - *Trasladada. Si se practicó sin audiencia de la parte contra la cual se aduce en el nuevo proceso, la declaración debe ser ratificada a solicitud de parte o de oficio.* Sentencia del 29 de agosto de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Libardo Ospina Cardona y otra contra Serafín Gutiérrez, Reinaldo Serrano y la sociedad Autobuses Unidos del Sur, S. A. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* 222

SOCIEDAD CONYUGAL - *Características. Compraventa entre cónyuges. Por estar en estado de latencia antes de su disolución y tener una administración dual autónoma, la venta que un cónyuge, como mandatario de un tercero, haga al otro cónyuge, es perfectamente válida.*

SIMULACION - *Prueba. A la que se acude con mayor frecuencia es a la de indicios.* Sentencia del 2 de septiembre de 1986. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de María del Rosario Garcés Cabrera contra Laureano Muñoz y otros. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano* 239

ACCION REIVINDICATORIA - *Jurisdicción. Aunque el demandado sea un ente público, esta acción es de índole civil y no administrativa. La acción de reparación directa tampoco es vía adecuada cuando se discute dominio.* Sentencia del 11 de septiembre de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Eduardo Cepeda y otros contra Municipio de Sabanalarga y Luis Carlos Movilla Patiño. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* 255

SIMULACION - *Requiere contrato aparentemente válido. Si la escritura pública que contiene el acto cuya simulación se pretende, carece de la firma del Notario, resulta improcedente impetrar la simulación.* Sentencia del 16 de sep-

	Págs.
tiembre de 1986. <i>Casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Stella Mosquera de Charry y otras contra la sociedad Agropecuaria Mosquera Hermanos Limitada y otros. Magistrado ponente: doctor <i>Héctor Gómez Uribe</i>	266
PROMESA DE CONTRATO - Plazo y condición. <i>Si al celebrarse la promesa de contrato la condición es indeterminada, no se cumple con la exigencia del numeral tercero del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y conlleva la nulidad de la promesa.</i> Sentencia del 18 de septiembre de 1986. <i>Casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el ordinario de sucesión de José Francisco Anaya Anaya, representado por sus herederos José Felipe Anaya Banda y otros, contra Joaquín Valdivieso Villa. Magistrado ponente: doctor <i>Guillermo Salamanca Molano</i>	275
CHEQUE - Responsabilidad por pago de cheque falsificado. <i>El Banco sólo se exonera de la responsabilidad que le incumbe cuando acredita estos dos eventos: pérdida culposa del formulario y falsificación de difícil verificación o no notoria.</i> Sentencia del 30 de septiembre de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Empresas Municipales de Cali frente al Banco de Bogotá. Magistrado ponente: doctor <i>José Alejandro Bonivento Fernández</i>	290
PRESCRIPCIÓN . Interrupción - <i>El artículo 90 del Código de Procedimiento Civil establece tres plazos sucesivos e ininterrumpidos, que corren desde el día siguiente al del vencimiento del anterior.</i> Sentencia del 1º de octubre de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Carlos Isauro Barrios Valencia contra Luis Carlos Díaz Ortega y Myriam Inés Díaz de Salazar. Magistrado ponente: doctor <i>Rafael Romero Sierra</i>	299
PROPOSICIÓN JURÍDICA COMPLETA - En obligaciones y negocios mercantiles. <i>Cuando se ataca la sentencia por la causal primera de casación, se requiere citar como violado el artículo 822 del Código de Comercio, que enlaza la legislación civil con la comercial.</i> Sentencia del 3 de octubre de 1986. <i>No casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Luis Eduardo Escobar Martínez, contra la sociedad Coordinadora de Buses Urbanos de Manizales "Socobuses". Magistrado ponente: doctor <i>José Alejandro Bonivento Fernández</i>	312
EXCEPCIÓN PREVIA . <i>Se reitera la tesis de que no es susceptible del recurso de casación el auto que decide una excepción de fondo formulada como previa.</i> Auto del 16 de octubre de 1986. Declara bien denegado el otorgamiento del recurso de casación contra el auto del Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Francisco Javier Lozano contra herederos de Francisco de Paula Santander. Magistrado ponente: doctor <i>Eduardo García Sarmiento</i>	322
EXEQUATUR . <i>La sentencia de nulidad de un matrimonio canónico dictado por un Tribunal eclesiástico en el extranjero, no requiere del trámite propio del exequatur a fin de que cause efectos civiles en Colombia.</i> Auto del 22 de	

- Págs.*
- octubre de 1986. Rechaza la demanda de exequatur solicitada por María Ismael de la Torre. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* ... 325
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Legitimación. Sentencia del 12 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el abreviado de Carmen Cecilia Villamizar contra Luis Gonzalo Espinosa. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ... 329
- DOMINIO. *Bienes inmuebles. Título idóneo para demostrarlo. Certificados expedidos por la Oficina de Registro.* Sentencia del 12 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Pablo Emilio Monroy contra Pedro Saba Rodríguez y otro. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* ... 333
- CASACION - Limitación, ámbito de competencia. *La apelación circunscribió la litis a la causal de paternidad natural denominada "posesión notoria" y el casacionista no atacó sus fundamentos, sino se refirió a las otras presunciones alegadas que habían quedado por fuera de la competencia de la segunda instancia y por tanto fuera de la casación.* Sentencia del 19 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por los menores Jaime Orlando, Héctor Alfredo y Bibiana Elvira Ortiz contra Pedro Melesio Rodríguez Velásquez y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ... 341
- PATERNIDAD NATURAL - Efectos de la sentencia. *Produce dos clases de efectos: En relación con el estado civil del demandante, y en relación con el patrimonio del presunto padre.* Sentencia del 21 de noviembre de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por Isabel Beltrán de Zapata contra Alvaro Jaime Jiménez Acosta. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* ... 348
- CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES INDEPENDIENTES. Competencia. *La acción indemnizatoria por los perjuicios causados corresponde a la jurisdicción civil a través del procedimiento ordinario, y no a la jurisdicción laboral, la que sólo conoce de lo relacionado con el pago de los honorarios y otras retribuciones derivadas de los servicios profesionales prestados.*
- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Del médico. *Generalmente las obligaciones que adquiere tienen origen contractual. Se adquieren obligaciones de medio. Causales de exoneración. En relación con la cirugía estética debe establecerse cuál fue la obligación expresa que adquirió el médico.*
- ACCION RESOLUTORIA - Obligaciones de hacer. *Es presupuesto de esta acción que la obligación no se haya cumplido. Si el demandado cumplió con sus obligaciones aunque en forma deficiente o imperfecta, la acción indicada no es la resolutoria, sino la indemnizatoria por los perjuicios causados por el dolo o la culpa con que se ejecutó.*
- PRESUPUESTOS PROCESALES - Demanda en forma. *El desacierto en que se incurra al hacer relación de los fundamentos de derecho que se invoquen,*

Págs.

no configura inepta demanda. Sentencia del 26 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por Mary Cielo Marín Penagos contra Alfredo Nicolás Chain Igha. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe 358

PROMESA DE COMPRAVENTA - Determinación del contrato. *Interpretación del numeral cuarto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en cuanto al requisito de la determinación del contrato prometido. Naturaleza de la prestación que nace de la promesa y naturaleza del objeto de la promesa. Diferencias entre objeto del contrato y objeto de las obligaciones. Necesidad de alinderación de los inmuebles.* Sentencia del 27 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por Miguel Alberto Rosero Galvis, contra Aracelly Perilla Perilla. Magistrado ponente: doctor Héctor Marín Naranjo 390

INDICE CRONOLOGICO
SENTENCIAS NO PUBLICADAS

1986

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia 001 del 10 de febrero de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Cipriano Herrera Juliao contra Amanda Jaraba. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *El demandado al establecer un domicilio distinto faltó al deber de cohabitación.* Sentencia 002 del 10 de febrero de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Elsy Zapata Hincapié contra Eduardo Zárate Vargas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. *El mero emplazamiento del demandado no es indicio suficiente para deducir la existencia de las causales.* Sentencia 003 del 10 de febrero de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Diana María Peñaloza contra David Alarcón Falla. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 004 del 10 de febrero de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Delfina Vanegas de Julio contra Manuel Lucio Julio Pitalúa. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Ultrajes. *La manera como se desarrolló el proceso, donde no se manifestó ánimo conciliatorio, la situación de hecho vivida que hace imposible la realización de los fines de la familia, permiten a la Corte estimar procedente la pretensión de separación de cuerpos.* Sentencia 005 del 10 de febrero de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Joselín Vargas Rodríguez contra Ana Blanca del Carmen Bernal. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Mutuo consentimiento. *No es causal que se pueda tramitar a través del proceso abreviado. Requiere el trámite previsto*

por el artículo 16 de la Ley 1ª de 1976. Sentencia 006 del 11 de febrero de 1986. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Dominique Valeria Bommel contra Jorge Hernán Henao Arias. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 007 del 13 de febrero de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de José Victorino Ortiz Culma contra Divida María Peña. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

SUPLICA. *Es improcedente este recurso contra el auto que aprueba la liquidación de costas sin modificación.* Auto 001 del 13 de febrero de 1986. *Declara improcedente* el recurso interpuesto contra el proferido por la Corte, en el abreviado de Lucía Margarita Toro contra David Córdoba Roca. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

PATERNIDAD NATURAL - Prueba testimonial. *Por ser ésta la prueba a que más se acude en estos procesos debe recibirse con sujeción estricta a las exigencias legales y en su análisis no se debe ser tan riguroso como para hacer prácticamente irrealizable la comprobación judicial de la paternidad natural.* Sentencia 008 del 25 de febrero de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Ana Rumira, Gloria María y Dora Trujillo contra herederos de Ignacio Antonio Macías Gómez. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

QUEJA. *La ley procesal no consagra el recurso de queja contra el auto que declara desierto el recurso de casación, sino sólo contra el que lo deniega.* Auto 002 del 26 de febrero de 1986. *Declara improcedente* el recurso interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de María Luisa Bolaños Escobar contra Edgar Noack Gruesso. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

ACCION RESOLUTORIA. *Está legitimado para deprecar la resolución de un contrato sinalagmático aquel contratante que ha cumplido con la prestación a su cargo, o está dispuesto a cumplirla, de suerte que para sustraerse del negocio tiene que destruirlo mediante la acción judicial correspondiente. Prospera la excepción de contrato no cumplido.* Sentencia 009 del 4 de marzo de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Roberto Torres Barrera contra Electricadora de Boyacá, S. A. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

MATRIMONIO - Obligaciones y deberes. Sentencia 010 del 5 de marzo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Amelia Cerón contra Gabriel Eduardo Gómez Beltrán. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

MATRIMONIO - Obligaciones y deberes. Sentencia 011 del 5 de marzo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de

Dora Mariela Ramírez contra Octavio de Jesús Lemos. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

PROCESO DE SUCESION - PARTICION - Objeciones. *A través de las objeciones a la partición no puede pretenderse la exclusión de bienes, o nuevos avalúos de los bienes inventariados, pues la oportunidad para ello se halla precluida.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *El censor dejó de lado todas aquellas reglas que en una u otra forma el juzgador tuvo en cuenta para aprobar el trabajo de partición.*

CASACION - Técnica. *Desconoce la individualidad y autonomía de los cargos en casación.* Sentencia 012 del 5 de marzo de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de sucesiones acumuladas de Herminia Latorre de Barrantes y Alfredo Barrantes Triana. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.

CASACION - Demanda. *Extemporaneidad en su presentación, lleva a declararla inadmisibile.* Auto 003 del 5 de marzo de 1986. *Declara inadmisibile* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso de Arquimedes López Calderón contra Banco del Comercio de Valledupar. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Porte de correo. *El recurrente no suministró lo necesario para el porte en forma extemporánea y por tanto la demanda de casación es inadmisibile.* Auto 004 del 5 de marzo de 1986. *Declara inadmisibile* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Francisco Betancur y otro contra Cooperativa Antioqueña de Transportadores y otro. Magistrado ponente: doctor Germán de Gamboa y Villate.

INCONSONANCIA - Extra petita.

MEDIO NUEVO. *Se presenta cuando los yerros en la apreciación de las pruebas ya sean de hecho o de derecho no se alegaron en las instancias, sino sólo a través del recurso de casación.* Sentencia 013 del 6 de marzo de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Manuel Guillermo Alvarado C. contra Gaseosas Sucre S. A. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

CONFESION. *Ni de la contestación a los hechos, ni de la proposición de excepciones, ni de la solicitud de pruebas formulada en la contestación de la demanda se deduce una prueba de confesión de los elementos de la responsabilidad extracontractual de la demandada.* Sentencia 014 del 10 de marzo de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Nazareth Valencia de Henao contra "Panadería y Galletería La Marquesa Limitada". Magistrado ponente: doctor Germán de Gamboa y Villate.

PERITO - Auxiliar. Auto 005 del 10 de marzo de 1986. *Declara inadmisibile* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario de Ingenio El Naranjo Limitada contra Agrocórcega Limitada y José Ider Mostacilla C. Magistrado ponente: doctor Héctor Marín Naranjo.

REVISION - Caducidad. *Le precluye al recurrente la oportunidad de formular el recurso extraordinario de revisión, no sólo cuando se presenta por fuera del término legal, sino también, cuando presentada la demanda en tiempo la proposición del recurso resulta inepta o inidónea por cualquier motivo y luego el recurrente pretende introducirlo de nuevo.* Auto 006 del 11 de marzo de 1986. *Inadmite el recurso interpuesto por José Romero Valero contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente: doctor Héctor Marín Naranjo.*

REVISION - Admisión. *Está instituido contra las sentencias de segundo grado, si la de primero no ha obtenido ejecutoria.* Auto 007 del 12 de marzo de 1986. *No admite el recurso interpuesto por Debs Hermanos y Cia. contra la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla. Magistrado ponente: doctor Germán de Gamboa y Villate.*

CASACION. *La admisibilidad del recurso no depende exclusivamente de que concurran los requisitos legales para su concesión, sino que también se hace indispensable que respecto de él no se haya operado ninguno de los casos de deserción señalados en el Código de Procedimiento Civil, tales como el incumplimiento de alguna carga procesal.* Auto 008 del 13 de marzo de 1986. *Declara inadmisibile el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de María del Carmen Monsalve viuda de Mira y otros contra Carlos Arenas Bustamante y otros. Magistrado ponente: doctor Hernando Tapias Rocha.*

ERROR DE HECHO. *Comprende la desfiguración de la probanza, ya por adición de su contenido (suposición), ora por cercenamiento del mismo (preterición).* Sentencia 015 del 17 de marzo de 1986. *Casa la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el ordinario de Manuel Guillermo Quiroz Moscote contra Luis Enrique Orduz. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.*

INCONSONANCIA - SENTENCIA ABSOLUTORIA. *Se da este error in procedendo, cuando se viola el principio de la congruencia de la sentencia, ya sea por extra petita, por ultra petita o por mínima petita.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa.

FALTA DE APLICACION. Sentencia 016 del 17 de marzo de 1986. *No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Ana Isabel Hernández de Wilches y otros contra Bárbara Rondón de Hernández. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 017 del 18 de marzo de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de José Alquíber Londoño Giraldo contra Nory Ruby Gómez. Magistrado ponente: doctor Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 020 del 20 de marzo de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Epifanio González Jaramillo contra Alicia Cardona Montoya. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero.*

REFORMATIO IN PEJUS. *Aunque la adición de la sentencia que hizo el Tribunal Superior era innecesaria, tampoco desmejoró la situación del apelante al resolver sobre las peticiones subsidiarias en forma adversa, de acuerdo con el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil.*

ACCION REIVINDICATORIA - Identidad del bien. *Existe prueba libre para su demostración, no únicamente la inspección judicial o el dictamen pericial.* Sentencia 020A del 20 de marzo de 1986. *Revoca* la proferida por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, en el ordinario de Pablo Enrique Jiménez Ibáñez (representante sucesión de José Agustín Jiménez) contra José Antonio León. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Competencia de la Corte. *Tanto la de la Corte como la de los Tribunales se agota con el pronunciamiento del respectivo fallo.* Auto 010 del 9 de abril de 1986. *Inadmite* la apelación propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Fabiola Echeverry contra Carlos Arturo Vargas Berjan. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 021 del 15 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Luz María Rubio Triana contra Juan Carlos Rodríguez Gómez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No se demostró la causal primera, pero sí la segunda, con los testimonios recibidos.* Sentencia 022 del 15 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Esther Cruz Rincón contra Gustavo Torres Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 023 del 15 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Pablo Antonio Hernández Melo contra Ildelfonsa Durán. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 024 del 15 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Lucy Quiroga contra Hugo Ferdignan Molano Herrera.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Indebido emplazamiento. Auto 011 del 15 de abril de 1986. *Decreta* la nulidad de lo actuado en el abreviado de Aracely Niño contra Luis Humberto González Ramos. Tribunal Superior de Pamplona. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. *Sí se demostró la causal de separación invocada.* Sentencia 026 del 16 de abril de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Ricardo Ortiz Arenas contra Luz Marina Quintero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. *Procesos civiles y penales anteriores, por sí solos no configuran causales de separación de cuerpos.*

A los testimonios "de oídas" es escaso el valor probatorio que se les puede atribuir.

Los hijos sí pueden rendir testimonio sobre lo ocurrido en la vida del hogar, y el juez les señalará el valor probatorio que les corresponda (Art. 187 del C. de P. C.). Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

QUEJA - Procedencia. *Cuando se deniega el de casación. En caso de deserción del mismo sólo en el evento del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, pero no es procedente en las hipótesis previstas en el inciso 2º del artículo 132 de la misma obra.* Auto 012 del 16 de abril de 1986. Deniega por improcedente el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso de Rosa Elvira Hurtado y otros contra sucesores de Noé Hurtado. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PRUEBA - Ante jueces colegiados. *No se incurre en nulidad cuando la prueba testimonial es recibida en audiencia sólo por el Magistrado ponente, al no pedir las partes que asistiera la Sala y al no considerarlo ésta conveniente asistir.* Auto 013 del 16 de abril de 1986. Deniega la nulidad propuesta por el Ministerio Público. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

MATRIMONIO - Obligaciones y deberes. Sentencia 028 del 18 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el abreviado de Bernabé Fuerte Tibacui contra Anatilde García. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 029 del 18 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Fanny Marín contra Edmon Cuadros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 030 del 21 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Marta Cecilia Liemann contra Ramiro Soto Lara. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador ad litem. *Observa la Procuraduría que la conducta procesal asumida por el curador ad litem, al no intervenir en la práctica de pruebas, ni alegar de conclusión, ni sustentar la consulta se debe investigar disciplinariamente. Así las cosas y como el expediente regresará al Tribunal de origen, éste compulsará las copias para los fines pertinentes.* Sentencia 031 del 18 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Ana María Mejía Velásquez contra Bernardo Maya Arango. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 032 del 23 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el

abreviado de Rosa María Pinzón Robayo contra Segundo Manuel Belalcázar. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

MATRIMONIO - Obligaciones y deberes. Sentencia 034 del 24 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Eduviges Reyes contra Simón Guzmán Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 035 del 24 de abril de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Víctor Rafael Parra contra Luzmila Bustamante Pérez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 036 del 30 de abril de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de María Gladys Villaquirán contra Arnulfo Orozco. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

CASACION - Deserción. Auto 014 del 30 de abril de 1986. *Declara inadmisible* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Gloria Inés Mera Chirán contra Zoila Rosa Mera Velasco. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta*. Sentencia 037 del 3 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Melba Castaño contra Ernesto Cardona Ramírez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

CASACION - Técnica. *Es improcedente la formulación de cargos en forma subsidiaria. Autonomía de los cargos*. Sentencia 038 del 5 de mayo de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Alba Gómez de Arias contra Mario Gómez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 038A del 6 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Flor Marina Gaviria González contra Hernán Darío Pérez Castaño. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Porte de correo. Auto 015 del 6 de mayo de 1986. *Inadmite* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Armenia, en el ordinario de la compañía de seguros "La Andina S. A." contra Compañía de Transportes S. A., "Coldetrans". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta*. Sentencia 039 del 7 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Reynaldo Cuadros Neira contra Gladys Jiménez Bernal. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador ad litem. *Su conducta negligente dentro del proceso amerita investigación disciplinaria.* Sentencia 040 del 9 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Betsabé Parra contra José Genaro Rivera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 041 del 9 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Albertino Caicedo Caicedo contra María Luciana Angulo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PRUEBAS - Ante jueces colegiados. *La diligencia judicial para recepción de testimonios ante el Tribunal o la Corte se realiza por el Magistrado ponente, a menos que las partes soliciten que concurra la Sala o ésta considere conveniente asistir a ella.* Auto 016 del 13 de mayo de 1986. *Deniega* la nulidad propuesta en el abreviado de Myriam Tello contra José everardo Riveros Bedoya. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* (Sala Unitaria).

MATRIMONIO - Obligaciones y deberes. Sentencia 042 del 14 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Ruth Gómez contra Leopoldo Sáenz Martínez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 043 del 14 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Luz Marina Lesma contra Luis Ernesto Azcárate Arce. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 044 del 14 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Emma Munar contra Saturnino Vela Herrera. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

CASACION - Requisitos demanda. Auto 017 del 14 de mayo de 1986. *Declara desierto* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Luis Daniel y María del Carmen Peña contra Jacobo Flórez Flórez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

CASACION - Desistimiento. *Se acepta, y no se hace condena en costas, porque así lo solicitó la contraparte.* Auto 018 del 14 de mayo de 1986. *Acepta desistimiento* en el proceso promovido por Amira Celis Gómez contra Clínica Infantil Limitada, Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se demostraron las causales de abandono y de malos tratos.* Sentencia 045 del 19 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Lucy Yaneth Tamayo R. contra Harold Hernán Badillo Marín. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. Sentencia 046 del 19 de mayo de 1986.

No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Luz María Santis de Castaño contra Sociedad Distribuidora de Equipos Automotores y Agroindustriales "Praco S. A.". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 047 del 19 de

mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luisa Victoria García Caicedo contra Julio Tomás Ramos Socha. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 048 del 19 de

mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Gloria Rueda contra José Antonio Galán Murillo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 049 del 19 de

mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el abreviado de Pedro Juan Pinilla Cruz contra Helena Ríos Sepúlveda. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *Lo corrobora el hecho de*

haber tenido que emplazar a la demandada, quien pierde el ejercicio de la patria potestad. Sentencia 050 del 19 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Alirio Vargas Alvarez contra María Eugenia Uribe Valderrama. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 051 del 19 de

mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Gloria Rueda de Galán contra José Antonio Galán Murillo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

PRUEBAS - Ante jueces colegiados. *Análisis de los conceptos de la "obligatoriedad*

de las formas procesales", "debido proceso", "nulidad", "simple irregularidad", "audiencia", "diligencia judicial". Las pruebas se practican por el Magistrado ponente únicamente, a menos que las partes soliciten que se cite a la Sala, o ésta crea conveniente asistir. Auto 019 del 20 de mayo de 1986. No prospera el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Clara Inés Villamil contra Jorge Enrique Sarmiento. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencia de conciliación. *Para que*

pueda jurídicamente hablarse de "audiencia" es necesaria la posibilidad de que ella se surta, tenga realización, se presente como un acto procesal. Auto 020 del 21 de mayo de 1986. *Deniega* nulidad propuesta. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencia de conciliación y de pruebas. *Si no concurren las partes a la audiencia de conciliación basta dejar una constancia de secretaría que registre el hecho. La prueba testimonial la recibe el Magistrado ponente, a menos que las partes soliciten que asista la Sala, o ésta crea conveniente asistir.* Auto 021 del 21 de mayo de 1986. *Deniega* la nulidad propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Loreley Cerezo Gómez contra Héctor Gustavo Estrada Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe* (Sala unitaria).

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencia de conciliación. *La prevista en el trámite del proceso de divorcio no es compatible con la reglamentación de los procesos de separación de cuerpos y no resulta pertinente celebrarla en éstos.* Auto 022 del 21 de mayo de 1986. *No decreta* la nulidad propuesta. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Mutuo consentimiento. *El postulado del mutuo acuerdo o acuerdo recíproco no sólo rige para la iniciación del proceso, sino que precide otros aspectos durante el desarrollo del mismo y, aun, posteriores.* Sentencia 052 del 26 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Eugenia Escobar y José María Gómez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 053 del 27 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Amparo Arias Maya contra Luis Enrique López Cañaveral. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 054 del 27 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Martha Lilia Córdoba Pimienta contra Hernando de Jesús Moreno Toro. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Costas. Auto 023 del 28 de mayo de 1986. *Declara* desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Atiliano Rodríguez Prada contra Jesús Antonio Gutiérrez Barragán. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 055 del 30 de mayo de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Luis Javier Ospina Sedano contra Gloria Mariela Martínez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 056 del 3 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Flor María González contra Luis Carlos González. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

QUEJA. *La Corte destaca que la providencia que ahora se impugna mediante el recurso de queja, no es atacable por este medio, ya que la ley procesal solamente lo con-*

sagra contra el auto que deniegue el recurso de casación y no contra el que lo declare desierto. Auto 024 del 3 de junio de 1986. *Declara* improcedente el recurso de queja interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Blanca de las Nieves Castro Sánchez contra sucesión de Inocencio Castro Meneses. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 058 del 4 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Mercedes Vallejo contra Guillermo Cadavid López. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 059 del 4 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Julia Arce contra César Méndez Ariza. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION - Técnica. *No es una tercera instancia. Autonomía del juzgador en la apreciación de las pruebas. Las normas violadas deben ser sustanciales.* Sentencia 060 del 4 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Myriam Trujillo Ocampo contra herederos de Félix Antonio Meneses Miranda. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se condena al demandado al pago de las costas del proceso.* Sentencia 061 del 5 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Angela María Henao Badillo contra Jesús Fernando Borrero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No se configura la causal de abandono, puesto que fue el actor quien se ausentó del hogar, por lo que mal puede pretender que su cónyuge quede colocada en incumplimiento de sus deberes de esposa, a virtud de que fue colocada en imposibilidad de cumplir.* Sentencia 062 del 11 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Hernando Caicedo Betancourt contra Blanca Lucero Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - Legitimación activa. *Corresponde al demandante invocar en la demanda y demostrar dentro del proceso el derecho alegado en aras de establecer el perjuicio —dueño, poseedor o tenedor del bien lesionado—, sin que pueda luego y menos en casación variar ese derecho.* Sentencia 063A del 13 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge Serna Vallejo contra Armando Díaz García. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma sustancial. *El artículo 1857 del Código Civil no es norma sustancial y por tanto un cargo fundado únicamente en la violación de esta norma resulta inane.* Sentencia 063B del 13 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Eternit Pa-

cífico S. A. contra Alonso Restrepo Hernández. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS - Ante jueces plurales. *Uno es el derecho a ser oído y la forma como tal derecho se lleve a cabo y otra el modo de ejercer su competencia funcional la Corte y los Tribunales que viene señalada por los artículos 29 del Código de Procedimiento Civil y 11 del Decreto 1265 de 1970 y no por el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil.* Auto 026 del 13 de junio de 1986. Deniega el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia proferida en el abreviado de separación de cuerpos promovido por María Nubia Valencia de Ospina. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía indirecta. *El Tribunal no incurrió en error evidente al analizar y valorar el dictamen pericial rendido. El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia.* Sentencia 063 del 16 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Rodrigo Hernández y otros contra Interconexión Eléctrica S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

TERMINOS JUDICIALES. *Regulan el impulso procesal y garantizan a los litigantes la defensa de sus derechos en las oportunidades legales. Términos judiciales y legales.* Auto 027 del 16 de junio de 1986. *Rechaza* solicitud de reconstrucción del expediente en el proceso sucesorio de Simón Pérez Escobar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 065 del 17 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el abreviado de Martha Durán contra Rafael Amado Arcila. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Negligencia del curador ad litem en el desempeño de su cargo.* Sentencia 066 del 19 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Cipriano José Bravo Pitalúa contra Carmen Leonor Barrios Ladeus. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Alimentos. *No es procedente la fijación de su monto a través del trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia 067 del 19 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de José Rubio Osorio Ramírez contra Alcira Elena Calle Londoño. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Conducta negligente del curador ad litem y del Fiscal que amerita investigación disciplinaria.* Sentencia 068 del 20 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Myriam Tello G. contra José Everardo Riveros Bedoya. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Confesión. *Cuando no hay prueba que la infirme, debe ser tenida como indivisible.* Sentencia 069 del 20 de junio de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Alirio Cubillos H. contra Blanca Leal. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 070 del 20 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Enida Rocha Torres contra Luis Ricardo Caballero Sandoval. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Allanamiento a la demandada. *Es admisible, puesto que no se presenta ninguno de los obstáculos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia 071 del 20 de junio de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Delia María Bautista contra Juan Esteban Rojas Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Honorarios perito. Auto 028 del 20 de junio de 1986. *Inadmite* la demanda propuesta contra la sentencia dictada en el proceso de Soledad Díaz de Orjuela y otros contra Octavio Sánchez y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

QUEJA. *Es viable en relación con el auto que deniega la casación, mas no lo es contra el auto que declara desierto el recurso.* Auto 029 del 20 de junio de 1986. *Declara impróspero* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Alfonso Guarín Collazos y otros contra Carlos A. Cabra G. y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Relaciones sexuales. Sentencia 073 del 23 de junio de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Patricio Suárez Vellaizac contra Beatriz Riascos Arboleda. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía indirecta. Sentencia 073A del 23 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario de María Luisa Vivas de Espinosa contra Segundo Josué Mesa Pérez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador ad litem. *Su conducta negligente y la del fiscal ameritan investigación disciplinaria.* Sentencia 075 del 24 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Gloria Inés Osorio contra Rubén Darío Londoño Meza. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Costas. *El depósito extraordinario no tiene la virtualidad de retrotraer la actuación procesal hasta el momento en que oportunamente hubiere podido el recurrente cumplirla. Toma el proceso en el estado en que*

se encuentre en el momento de consignarlas. Auto 030 del 24 de junio de 1986. *No revoca* el proferido por la Corte. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *En declaratoria de nulidad absoluta de un contrato.* Sentencia 076 del 26 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Jesús Beltrán y Carlos Borda contra Arcesio Bonilla y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

INCONSONANCIA. *No se da en sentencia absolutoria.* Sentencia 077 del 26 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Importaciones La Sabana Limitada y Financiera Colombia S. A. contra Aseguradora del Valle S. A. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 078 del 26 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de María del Carmen Díaz contra Saúl Santana. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 079 del 26 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Marta Lucía del Niño Jesús Franco Cuartas contra Adolfo León Ospina Tobón. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

DEMANDA - Deber de interpretarla. Sentencia 080 del 26 de junio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de herederos de María Rozo Campos contra Paulina Rozo Campos y Rafael Augusto Samudio Rozo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CASACION - Justiprecio del interés para recurrir. Auto 031 del 26 de junio de 1986. *-Revoca* el proferido por el Tribunal Superior de Armenia, en el ordinario de Carlos Muñoz Pérez contra Pastora Calderón Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Competencia de los Tribunales y la Corte para conocer de la separación de cuerpos de matrimonio católico y de las pretensiones accesorias, anexas o dependientes de la principal de carácter cautelar preventivo o definitivo, siempre que de ellos no esté conociendo o haya conocido el Juez de Menores, caso en el cual puede pregonarse la existencia de "pleito pendiente" o de "prejudicialidad".* Auto 032 del 26 de junio de 1986. *Confirma* la providencia recurrida en el abreviado de Agapito Guzmán Alonso contra Graciela Pinéda. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

AUDIENCIA DE CONCILIACION Y PRUEBAS - Ante juez plural. *La Sala Civil ratifica que se practican ante el ponente únicamente a menos que las partes pidan que asista la Sala o ésta considere conveniente asistir.* Auto 033 del 26 de junio de 1986. *Deniega* el auto recurrido en el abreviado de Luz Marina Sepúlveda Londoño contra Germán de Jesús Cárdenas H. Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 081 del 27 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Marina Barbosa M. contra Horacio A. Munévar Flórez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 082 del 27 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Trinidad Muñoz contra Darío Ferreira González. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 083 del 27 de junio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Javier Darío Gómez Pulgarín contra Gladys Cadavid Correa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS - Ante jueces plurales. *La no asistencia de todos los Magistrados que integran la Sala a la audiencia de conciliación es una irregularidad que no está erigida en causal de nulidad. La interpretación del artículo 30 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto permite la realización de las audiencias para recepción de pruebas con la sola presencia del Magistrado ponente, debe aplicarse a la que celebren los Tribunales.* Auto 037 del 27 de junio de 1986. *Deniega* la nulidad propuesta por el Ministerio Público. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Decisión adversa al demandante, pues no demostró ninguna de las causales de separación alegadas.* Sentencia 084 del 1º de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Luis Edmundo Rosero Checa contra Ana Julia Bastidas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Malos tratos. *Esta causal se encuentra caducada, se demostró el abandono que persiste.* Sentencia 085 del 1º de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Clara Inés Villamil contra Jorge Enrique Sarmiento Castro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REVISION - Demanda. *El curador ad litem que representó a los "herederos indeterminados" y a las "personas indeterminadas" en el proceso tramitado, no puede llevar su representación en el proceso de revisión que se instaure posteriormente y por lo tanto no puede indicársele a él como demandado.* Auto 038 del 1º de julio de 1986. *Deniega* el recurso de súplica propuesto por Josefina Acosta Madieto de Roca contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

COMPETENCIA - Conflicto. *Fallida la competencia en razón del lugar de cumplimiento de la obligación, resulta competente para conocer del proceso el Juez del domicilio del demandado.* Auto 039 del 2 de julio de 1986. *Declara* competente al Juez de Guamo (Tolima), para seguir conociendo del proceso ejecutivo adelantado

por Jairo Bastidas García contra José Gregorio Tafur. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Los artículos 12, 13, 14, 24, 25 y 35 del Decreto 960 de 1970 y el 264 del Código de Procedimiento Civil, son preceptos legales que no tienen el carácter de sustanciales y no pueden por tanto fundar el cargo que se inadmite por ese defecto de forma.* Auto 040 del 2 de julio de 1986. Rechaza el cargo tercero de la demanda presentada por Juan Diego Pineda Londoño. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

NULIDAD PROCESAL. *Sólo se pueden invocar en casación las causales contempladas en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.*

INCONSONANCIA. *No se da en sentencia absolutoria.*

CASACION - Objeto. *Lo que está sujeto a debate es la sentencia misma, no el objeto de la litis.*

ERROR DE HECHO. *Manifiesto, evidente, ostensible, protuberante.* Sentencia 086 del 4 de julio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de José Patrocinio Núñez Heredia contra Salvador Buitrago y otra. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no incurrió en errores trascendentes como lo afirma el casacionista. Diferencias entre la violación directa y la indirecta.* Sentencia 087 del 4 de julio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Fundación Friedich Naumann contra Beatriz Rubiano de Roza. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Preceptiva técnica para su formulación en la demanda de casación.* Auto 041 del 4 de julio de 1986. *No repone* el auto recurrido. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 088 del 8 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Alfonso E. Campos Ramos contra Inés Aminta de los Reyes. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 089 del 8 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Javier Vega Quintero contra María Gisela Fernández. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 090 del 8 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Augusto Barco Ordus contra Patricia Ligia Martínez Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 091 del 8 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Luz Stella Abadía Bonilla

contra Luis Miguel Romero Díaz. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *Por ser grave e injustificado, la demandada pierde el ejercicio de la patria potestad.* Sentencia 092 del 8 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Grossi Hernán Castañeda Muñoz contra María Elena López. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia 093 del 8 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Zabdíel Rodríguez Piedrahíta contra Yaneth Cuero Hernández. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencia de conciliación. *No es etapa propia de estos procesos sino de los de divorcio. Sin embargo, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la suspensión del proceso en la primera instancia, por 30 días, para "dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia", según el artículo 9º del Concordato (Ley 20/74).* Auto 042 del 8 de julio de 1986. *Deniega* la nulidad propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Domingo Reina Ruiz contra Elvia Sánchez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *La no asistencia moral, afectiva, económica de los casados entre sí con respecto de sus hijos da lugar a la separación y a la pérdida de la patria potestad para el demandado.* Sentencia 094 del 9 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Sonia del C. Ramírez H. contra Guillermo A. Morales. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salámanca Morales*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Mutuo acuerdo. *No lo constituye la manifestación de los cónyuges hecha ante el Notario en la Escritura Pública que recogió la separación amigable de bienes. Se tramita por procedimiento verbal y no abreviado.* Sentencia 095 del 11 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Roberto Gómez Rueda contra Inés Ortiz. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 096 del 14 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Marcela Virginia Ordóñez contra Ingo Rolf Werner Romberg. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 097 del 14 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Nubia Valencia contra Pedro Nel Ospina Herrera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

RECURSOS. *Sólo está legitimado para interponerlos la parte que tenga interés, que se concreta en el perjuicio que la providencia le cause. Habiendo el demandado manifestado que deseaba que se reconstruyera el expediente, no puede ahora recurrir en súplica el auto que ordenó la reconstrucción.* Auto 043 del 14 de julio de 1986. *Mantiene* la providencia proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el ordinario de Servicio de Vigilancia Privada de Córdoba Limitada contra Cerro Matoso S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *Análisis de los requisitos exigidos de: grave e injustificado. Deber de demostrarlos por parte del actor.* Sentencia 098 del 16 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Germán Durán Fernández contra Argenida Pineda. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

INTERPRETACION ERRONEA. *No puede atacarse la sentencia por interpretación errónea de textos legales no aplicados.* Sentencia 099 del 16 de julio de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Rafael Escipión Parra Aponte contra José A. Buitrago Vega. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 100 del 17 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Elvira Castillo contra Gustavo Cortés Casallas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 101 del 18 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Elvia María Patiño contra Leonidas Lareu Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 102 del 22 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Bernardo Efraín Ramírez A. contra Cecilia Buitrago Castaño. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 104 del 22 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Jorge Eliécer Acevedo Sánchez contra María Eunice Villa Martínez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Ultrajes. *No se requiere de la concurrencia copulativa de los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, ni que se manifiesten en forma estable o frecuente. Se debe tener en cuenta la educación, el ambiente social y costumbres de los cónyuges.*

ALIMENTOS. *Para fijarlos se deben tener en cuenta las facultades económicas del alimentante y las circunstancias domésticas.* Sentencia 105 del 22 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abre-

viado de Luz Helena D'León Baena contra Luis Hernando Isaza Berrío. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 106 del 22 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Juan José Jiménez Caballero contra Celmira Mora. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

AUTOS ILEGALES. *Aunque se encuentren ejecutoriados no obligan al juzgador y, por ende, bien pueden ser revocados aun de oficio.* Auto 044 del 22 de julio de 1986. *Revoca* y admite la reconstrucción solicitada en el proceso de Henry Antonio Pulido Varón contra Cía. Aseguradora Colseguros, S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 107 del 23 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Esperanza Loaiza contra Carlos José Chamorro Cardozo. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 108 del 23 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Hernán Peláez López contra Gloria Inés Ramírez García. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencia de conciliación. *No es necesaria en esta clase de procesos.* Sentencia 109 del 23 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Lucila Puerto contra Angel Maria Sandoval Ibáñez. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 110 del 23 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Isabel Navia contra Leonardo Fco. Holguín Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 111 del 23 de julio de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el abreviado de Manuel Urbano Parra Sanabria contra Rosalba López. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 112 del 23 de julio de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Isaura Guerrero contra Celestino A. Chaves Coral. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 113 del 23 de julio de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el

abreviado de Aleyda López Ramírez contra José Eliván Rivera Marín. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

NULIDAD PROCESAL. *No se incurre en ningún vicio de nulidad en la sentencia que de oficio declara la nulidad de un contrato, por estar facultado el Juez por la ley para hacerlo.* Sentencia 116 del 23 de julio de 1986. *Declara infundada la revisión propuesta por Isidora Tunjano Castro contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Isidoro (sic) Tunjano Castro contra Ernesto Martínez Aguirre.* Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REVISION - Requisitos formales. Auto 045 del 23 de julio de 1986. *No repone el auto recurrido, en el recurso de revisión interpuesto por Gabriel Aguilar Madarriaga contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta.* Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

TERMINOS - Traslado. *El criterio para interpretar los textos legales referentes a ellos, debe ser estricto y riguroso. Traslados que se confieren con auto y otros sin necesidad de providencia.* Auto 046 del 23 de julio de 1986. *Rechaza la nulidad propuesta.* Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 118 del 4 de agosto de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Loreley Cerezo Gómez contra Héctor Gustavo Estrada Ramírez.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 120 del 4 de agosto de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gabriel Jiménez Moya contra Socorro Páez Nieva.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 121 del 4 de agosto de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Gloria Patricia Martínez Vélez contra Byron Silva Flórez.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 122 del 4 de agosto de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Amparo Rodríguez Becerra contra Jairo Alberto Muriel Cuevas.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada, pero se decreta la pérdida de la patria potestad del demandado sobre su menor hija, la cual será ejercitada en adelante únicamente por la demandante, esto es, por la madre.* Sentencia 123 del 4 de agosto de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Tulia Reyes Torres contra Miguel Antonio García Hortúa.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

TERMINOS JUDICIALES. *Los señalados por el Juez pueden prorrogarse por una sola vez.* Auto 047 del 4 de agosto de 1986. *Rechaza* la solicitud de reconstrucción del proceso adelantado por Luis Carlos Rodríguez y otros contra María Cristina de Bedout y la Sociedad Alimentos Concentrados del Tolima Limitada, Pico de Oro Limitada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencia de conciliación. *No comparecieron los cónyuges al llamado conciliatorio y entonces no era preciso hacer audiencia. Bastaba dejar la constancia de secretaría sin que por ello se incurriera en nulidad.* Auto 048 del 4 de agosto de 1986. *Deniega* la nulidad impetrada por el Ministerio Público en el abreviado de Alba Lucía Peláez contra Luis Fernando González Arana. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencia de conciliación. *Se reitera la tesis de que no es necesaria en esta clase de procesos.* Auto 049 del 4 de agosto de 1986. *No decreta* la nulidad impetrada por el Ministerio Público, en el abreviado de Félix Feo. Guerrero C. contra Carmen Irene Delgado Albornoz. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Audiencias. *No se incurre en nulidad cuando las pruebas se practican solamente ante el Magistrado ponente. Si no concurren los cónyuges no se puede celebrar audiencia de conciliación.* Auto 050 del 4 de agosto de 1986. *No decreta* nulidad solicitada por el Ministerio Público, en el abreviado de Leonor Mercedes Castellanos Acosta contra Miguel Antonio Otero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia consultada y se deja al Tribunal la tarea de evaluar si la conducta del curador ad litem y de la fiscal ameritan investigación disciplinaria.* Sentencia 124 del 5 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Luis Salazar contra María Gladys Tafur. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador ad litem. *Se confirma la sentencia y deja al Tribunal la tarea de evaluar si la conducta del curador y de la fiscal ameritan investigación disciplinaria.* Sentencia 125 del 5 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de María Nohora Meneses contra Jesús María Muñoz. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 126 del 5 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Marina Ferreira contra José Humberto Bonilla. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

EMPLAZAMIENTO - Nulidad procesal. *La simple circunstancia de que el secretario no informe si el demandado figuró o no en el directorio telefónico no es motivo de nulidad. La nulidad no se produce por esta omisión, sino porque en caso de*

figurar inscrito, no se le envía además copia del edicto emplazatorio. Auto 051 del 5 de agosto de 1986. *Revoca* el auto recurrido, en el abreviado de Victoriano Moncada Rosas contra María Edilia Hernández de Moncada. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. *No se indicó el concepto de la violación, ni la vía, ni la clase de error.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Nulidad testamento. *Han debido indicarse como violados los preceptos consignados en el Decreto 960 de 1970, en especial los de las formalidades de las escrituras; el artículo 2º Ley 50 de 1936 y los textos sustanciales que regulan la nulidad de los actos.* Sentencia 126A del 5 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario de Rafael María y Carlos Julio Puentes Salcedo contra herederos de Gabriel Puentes Salcedo. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 127 del 8 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Yulia Yuri Padilla contra Fernando Salazar Quintana. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 128 del 8 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Oscar Sotelo Torres contra Blanca María Cancino Moreno. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 129 del 8 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Myriam del Socorro Salas contra Carlos Fabián Rojas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia y se adiciona en el sentido de privar al demandado del ejercicio de la patria potestad.* Sentencia 130 del 11 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Cándida Rosa Díaz Rincón contra Oliverio Navas Cerquera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PATERNIDAD NATURAL - Relaciones sexuales. *Para demostrar esta causal de paternidad natural se pueden probar y tener en cuenta hechos que si bien no configuran plenamente otra causal de filiación, sirven para fortalecer el grado de certeza de la ocurrencia de aquéllas.* Sentencia 131 del 11 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Mario Sánchez Vanegas o Venegas contra herederos de Mario Sánchez Arango. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 132 del 11 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abre-

viado de Flor Alicia Huertas contra José Olivo Romero Torres. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 133 del 11 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Irma Bedoya Castro contra Pedro Cadavid Peláez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 134 del 11 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Mario Antonio Orozco Valencia contra Blanca Lilia Serrano Forero. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 135 del 11 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Noralba Bueno contra José Oscar Castro Betancur. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REVISION - Demanda. *Es requisito indispensable señalar la fecha de ejecutoria de la sentencia que se combate mediante este recurso extraordinario*. Auto 052 del 11 de agosto de 1986. Inadmite la demanda de revisión presentada por Heriberto Beltrán Cabarcas contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

CASACION - Procedencia. *Excepción previa. Se reitera la tesis de que la providencia por medio de la cual se decide desfavorablemente la excepción de prescripción propuesta como previa es un auto, y que por tanto no está sujeta a impugnación por medio del recurso de casación*. Auto 053 del 4 de agosto de 1986. *Estima* bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar, en el ordinario de Mariela Sierra de Barona contra Ramiro Alfredo Larrazabal. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Salvamento de voto del doctor *Guillermo Salamanca Molano*. Las excepciones de fondo que se pueden proponer como previas, siguen siendo de fondo y por tanto su decisión se hace mediante sentencia.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 137 del 13 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Luz Marina Sepúlveda Londoño contra Germán de Jesús Cárdenas Hernández. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 138 del 13 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Jesús Armando Chaves Gil contra Carmen Elisa Rojas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 139 del 13 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el

abreviado de Domingo Reina Ruiz contra Elvia Sánchez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Porte de correo. Auto 054 del 13 de agosto de 1986. *Inadmite* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Eliécer Ayerbe Molina contra Gonzalo y Agustín Ayerbe Molina y personas indeterminadas.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Porte de correo. *Puntos de partida desde los cuales debe comenzar a contarse el plazo para pagarlo. Cuando se trata del recurso de casación, difiere del de apelación.* Auto 055 del 14 de agosto de 1986. *No revoca* el auto recurrido, en el proceso de Gloria Inés Mera Chirán contra Zoila Rosa Mera Velasco. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 140A del 15 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Beatriz Helena Martínez Maya contra Francisco Javier Duque Calderón. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

REVISION - Preclusión. *El ejercicio pretérito de esta impugnación, victorioso o frustrado, frente a las mismas personas, por los mismos hechos y por los mismos motivos, precluye la oportunidad para que el recurrente vuelva a intentarlo.* Auto 056 del 15 de agosto de 1986. *Declara* inadmisibile la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, por Alicia Sáenz Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

PATERNIDAD NATURAL - Excepción de esterilidad. *Relaciones sexuales. Cuando se alega esta causal no es la imposibilidad física actual la que debe apreciarse en favor del demandado, sino la existente para la época de la supuesta concepción, o sea, durante el tiempo de las relaciones sexuales.* Sentencia 141A del 20 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Efraín Troncoso Suárez contra Gertrudis Mejía Díaz y Rosa Milena Troncoso. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. *La parte actora desatendió totalmente su obligación de demostrar los hechos constitutivos de la causal de separación alegada.* Sentencia 142 del 21 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Alfredo Guerrero Forero contra Oliva Rojas Caballero. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

CASACION - Técnica. Sentencia 145 del 26 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de María Raquel Rojas de Parra contra Aníbal Rojas Franco y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

REPRESENTACION - Indebida. *La nulidad generada por ella sólo puede alegarla quien no estuvo debidamente representado.* Sentencia 144 del 26 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Delta

Químicos Limitada contra Palomar Limitada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ACCION REIVINDICATORIA. *El Tribunal si incurrió en el error de hecho trascendente que le achaca el recurrente.* Sentencia 147 del 26 de agosto de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Luis Hernando Pinilla Farneta contra Víctor Julio Rosas Mojica y otra. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 148 del 27 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el abreviado de Hernán Mercado Alvarez contra Elizabeth María Borja Velásquez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

QUEJA. *No es procedente cuando se declara desierto el recurso de casación.* Auto 054 del 27 de agosto de 1986. *Rechaza* el recurso de queja interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 149 del 28 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Julio Bonfante Albarracín contra Alegna Lozano Serrano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SUCESION - Ley que la rige. *La vocación sucesoral, las órdenes hereditarias y la partición de los bienes se rigen por la ley vigente en el momento de la muerte del causante o apertura de la sucesión.* Sentencia 150 del 28 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el sucesorio de Arnobio de Jesús Restrepo Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

ERROR DE HECHO. *El Tribunal no incurrió en el error de hecho evidente al analizar la prueba pericial practicada en el proceso.* Sentencia 152 del 28 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Elisa Elías de Caballero contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. *El abandono de los deberes elementales de padre privan al demandado del ejercicio de la patria potestad.* Sentencia 153 del 28 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Mercedes Adriana Zapata contra José Wilson Pardo Gamboa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 154 del 28 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Luis Evelio Vásquez contra Rosa Elena Ortiz Muete. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Costas. *Estar debiéndolas impide la calificación y trámite de la demanda de casación que difiere de la interposición del recurso.*

Auto 058 del 28 de agosto de 1986. *Inadmite* la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de León e Hilel Perseek Bubis contra Henry García A. y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

CASACION - Técnica. Sentencia 155 del 29 de agosto de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Josué Noé González y otra contra herederos de Eleazar González y Florentino Zapata. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 157 del 30 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Emma Ladino contra Arles Sarria Ramos. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 158 del 30 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Byron de J. Sánchez Sánchez contra María Esperanza Correa Gómez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 159 del 30 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Guillermo Muñoz Peña contra Marleny González. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 160 del 30 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Luz Italia Molina contra Harold Alberto Molina Llanos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Alimentos. *No estando demostrada la capacidad económica de los padres, lo indicado es que ambos colaboren por partes iguales. Se deja la patria potestad sólo en cabeza de la madre. Se condena al demandado al pago de las costas de primera instancia.* Sentencia 161 del 30 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Ana Delia Barón contra Carlos Arturo Salazar Reyes. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Caducidad. *Si el cónyuge reincide en la comisión de los hechos que constituyen las faltas o persiste en ellas, la demanda puede fundarse en esos nuevos sucesos, así comporten faltas idénticas a las cometidas en el pasado o de las que tuvo conocimiento hace más de un año.* Sentencia 162 del 30 de agosto de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Arcesio Castro Collazos contra Deyanira Lozano Cárdenas. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 163 del 30 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el

abreviado de Luz Marina Toro contra Reynaldo Castro. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 164 del 30 de agosto de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Rafael Esteban Canedo Borré contra María Gladys González Durán. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

CASACION - Procedencia. *Error aritmético. El auto mediante el cual se corrige un presunto error aritmético no es susceptible de ser impugnado mediante el recurso de casación, así la providencia corregida haya sido una sentencia.* Auto 059 del 30 de agosto de 1986. *Declara* inadmisibles el recurso de casación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario de Hermensia Rojas de Manosalva contra José Expedito Rojas Crisanchó. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Ministerio Público. *Cuando el demandado se allana a las pretensiones, si hay hijos menores, no se puede dictar inmediatamente sentencia, sin ser previamente oído el agente del Ministerio Público, en defensa de los menores.* Auto 060 del 30 de agosto de 1986. *Decreta* la nulidad de lo actuado en el proceso de Carlos Arturo Izquierdo Giraldo contra María Eugenia Lucio. Tribunal Superior de Cali. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REVISION - Pertenencia. *La demanda debe dirigirse no sólo contra las personas conocidas, sino también contra las "personas indeterminadas", pero no contra el curador que las representó en el proceso de pertenencia, pues su labor concluyó.* Auto 061 del 2 de septiembre de 1986. *No admite* la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, interpuesta por Ilva Urquijo Silva. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REVISION - Preclusión. *La inadmisión de la demanda por deficiencias u omisiones imputables exclusivamente a la culpa del recurrente, conlleva la consumación del acto procesal respectivo y por ende la preclusión del derecho a ejercitarlo nuevamente, muy a pesar de que aún no haya vencido el plazo establecido por la ley para proponerlo.* Auto 062 del 3 de septiembre de 1986. *Confirma* la inadmisibilidad de la demanda presentada por Elkin Londoño Gutiérrez y otros contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

CASACION - Devolución expediente. *En tratándose de este recurso, si no se ha hecho pronunciamiento en relación con la demanda de reconvencción, el correctivo no es la devolución del expediente al juzgador, sino atacar el fallo a través de la causal del numeral 2º del artículo 363 del Código de Procedimiento Civil.* Auto 063 del 3 de septiembre de 1986. *Rechaza* por improcedente la solicitud de devolución. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 166 del 4 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá,

en el abreviado de Gabriela Velasco contra Jaime Homero Barragán. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. *Hay lugar o la privación de la patria potestad cuando el padre o la madre abandonan sus deberes de tal, pues en esa hipótesis tiene lugar la emancipación judicial de que trata el artículo 315 del Código Civil.* Sentencia 167 del 4 de septiembre de 1986. *Revoca* parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Guillermo Oswaldo Mier Patiño contra Fanny del Socorro Calvache G. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Alimentos. *La obligación alimentaria emanada directamente de la ley (Art. 411 C. C.), sin necesidad de que lo reafirme una decisión judicial, que sí se requerirá cuando el objeto específico del proceso sean los alimentos en concreto.* Sentencia 168 del 4 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Gloria Patricia Rueda Carreño contra Enrique Quintillo Paredes C. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

DESISTIMIENTO - Improcedente. *Si la Corte ya decidió con sentencia el recurso de casación, como el litigio ha culminado, no procede el desistimiento de la pretensión ya decidida.* Auto 064 del 4 de septiembre de 1986. No acepta desistimiento.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 169 del 5 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de William Galvis Olaya contra Martha del Socorro Eljaiek. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 170 del 8 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Alfonso López Alzate contra Fabiola Soto. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 171 del 9 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Humberto Castillo Martínez contra Aurita María Acosta Rincón. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 172 del 9 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Yolanda I. Restrepo Aguirre contra Everardo de Jesús Calle. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

ERROR DE HECHO. *Cuando el fallo del Tribunal tiene varios soportes autónomos, el recurrente tiene que combatirlos todos para alcanzar su anulación.*

CASACION - Medio nuevo. *No puede invocarse como fundamento de la casación.* Sentencia 173 del 10 de septiembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Fabio Gallego contra Cía. de Cementos Argo S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *Para que haya lugar a indemnización de perjuicios es menester demostrar la existencia del contrato, el incumplimiento, de la obligación contraída en el mismo, y el daño causado al acreedor.* Sentencia 174 del 11 de septiembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Rafael E. Ochoa Pedraza contra Federación Nacional de Algodoneros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Matrimonio. *El quebrantamiento de una cualquiera de las obligaciones que se adquieren, da al cónyuge inocente la facultad de demandar la suspensión de la vida en común y la disolución de la sociedad conyugal.* Sentencia 175 del 12 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Gloria Henao Mejía contra Luis Horacio Jaramillo Gómez. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Causal Num. 3º Art. 154 C. C. *Precisiones en relación con esta causal de separación. Su prueba.* Sentencia 176 del 16 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Stella Arenas contra Julio Armando Fonseca Borrás. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

REVISION - Pertenencia. *Se debe dirigir la demanda también contra las personas indeterminadas, a quienes se les designa un nuevo curador ad litem, pues el del proceso de pertenencia cesó en sus funciones al concluir ese proceso.* Auto 065 del 16 de septiembre de 1986. *Deniega* la súplica interpuesta por Ilva Urquijo Silva contra el auto que denegó el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

NULIDAD PROCESAL - Indebida notificación. *Debe ser alegada en las instancias so pena de entenderse sancada y no poder fundar la causal 2ª de casación.*

ACCION REIVINDICATORIA - Propiedad en el demandante. *La entidad demandante no demostró su derecho de dominio sobre la faja de terreno en disputa, que a la postre resultó ser de propiedad del demandado que la posee.* Sentencia 177A del 16 de septiembre de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero contra Henry Vargas Urueña y Héctor Jaime Vargas Cuéllar. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - El cargo estuvo mal formulado por la vía directa, pues se ataca el examen que se hizo de las pruebas. Sentencia 178 del 17 de septiembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Blanca Alicia Chamorro contra Pablo Nicolás Muñoz Vallejo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador. *El Tribunal estudiará el comportamiento del curador en el desempeño de su cargo y optará, si lo considera pertinente, las medidas que sean del caso.* Sentencia 179 del 17 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de

Amparo Currea Cárdenas contra Héctor Cardozo Estrada. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

CONTRATO DE SUMINISTRO. *Análisis e interpretación de las cláusulas convenidas para dar por terminado el contrato*. Sentencia 180 del 18 de septiembre de 1986. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Alimentos Lica Ltda. contra Impresit Girola Lodigiani "Impregilo S. A.". Magistrado ponente: doctor *Guillermo Salamanca Molano*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la formulación de los cargos*. Sentencia 182 del 18 de septiembre de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Camilo Monroy Romero contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. y otra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REFORMATIO IN PEJUS. *No se incurre en ella cuando el superior se limita a ordenar la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Imposible analizar los cargos, porque no aparecen las pruebas en el expediente reconstruido*. Sentencia 183 del 18 de septiembre de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Alvaro Duarte Mora contra Luis Emilio Ruiz Sierra. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 184 del 18 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Evelia Sánchez contra Jaime Ortiz González. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Mutuo acuerdo. *Esta causal de separación no se acreditó en el proceso, pues la demandada no firmó la demanda. Se dicta sentencia inhibitoria*. Sentencia 185 del 18 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Javier Hernando Berrío Villarreal contra Magda Esperanza de Berrío. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia del 24 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Alirio Gómez G. contra Carmen Zoraida Villamizar M. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 187 del 24 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Mariana de Jesús Cossio contra Germiniano Rodríguez Casas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. *Acusar al Tribunal por "la descalificación ilógica de la fuerza de convicción que aportan los testimonios", sitúa la censura en el error de derecho y no en el de hecho como lo dice el recurrente*.

Sentencia 188 del 25 de septiembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario del menor Libardo Bustos contra sucesores de Frank Rubiano G. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 189 del 26 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Gloria Inés Collazos Ortiz contra Hernando Benavides. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 190 del 26 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Pedro Julio Sánchez Montoya contra María Beatriz Arroyave Vergara. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 191 del 26 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Luis Carlos Zamora Lombana contra Lucila Rivera Henao. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 192 del 26 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Ligia Fanner Vargas Vélez contra Luis Jairo Vargas Gómez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. *En este grado de competencia funcional no se puede hacer más gravosa la situación del demandado, privándolo del ejercicio de la patria potestad*. Sentencia 193 del 26 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Benilda Portela Rodríguez contra Hernando Arturo Ravé Zuluaga. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *Con prueba testimonial se demostró esta causal*. Sentencia 194 del 26 de septiembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Yolanda Ortiz contra Tulio Medina Avila. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Falta de técnica en la proposición de los cargos. No se puede pretender un reexamen de las pruebas para sacar de ellas otras conclusiones*. Sentencia 195 del 27 de septiembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Policarpo Hernández contra herederos de Felipe Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la proposición de los cargos, por involucrar respecto de la misma norma varios conceptos de violación. Confunde error de hecho con error de derecho*. Sentencia 197 del 30 de septiembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de José León Quintero Céspedes contra Agropecuaria Buenos Aires Limitada y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

TERMINOS - 17 de diciembre no corren. *El Decreto legislativo 3279 de 1953 que lo estableció como día en que no corren los términos judiciales, se convirtió en legislación permanente en virtud de la Ley 141 de 1961 y no puede ser derogado por decretos de menor jerarquía legal.* Auto 066 del 30 de septiembre de 1986. *Decreta* la nulidad de lo actuado en el proceso del Tribunal Superior de Cartagena, instaurado por Irma Ortiz de Payares contra Benjamín Payares Saravia. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 198 del 1º de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Yolanda Ayala Fiat contra Eduardo Alvarez Rincón. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador ad litem. *Corresponde al Tribunal investigar la conducta negligente de éste y del agente del Ministerio Público.* Sentencia 199 del 1º de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Amparo Hurtado contra Ernesto Arboleda. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 201 del 1º de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Cristóbal Caicedo Gutiérrez contra María Elena Trujillo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Legitimación activa. *Así como el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él, en igual forma la separación de cuerpos sólo puede ser solicitada por quien no haya dado lugar a ella. Si por culpa de un cónyuge el otro deja de cumplir con sus deberes, no puede el culpable solicitar la separación con base en el incumplimiento al que él ha dado lugar.* Sentencia 201 del 1º de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Luis Fernando Alvarez Serna contra Blanca Inés Cuervo Molina. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. *Tasación del interés para recurrir.* Auto 067 del 1º de octubre de 1986. *Estima* bien denegada la casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Alfaro Hermanos e Hijos Ltda. contra Transportes Industriales Puerto Isaac Ltda., Humberto Moreno Reina y Leonardo López. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.*

EXEQUATUR - Procedencia. *Es proceso, también llamado de "reconocimiento" o de "homologación", está previsto únicamente para actos de carácter jurisdiccional, más concretamente de sentencias ejecutoriadas, y no de actos administrativos.* Auto 068 del 1º de octubre de 1986, mediante el cual la Corte Suprema de Justicia *inadmite* la demanda de *exequatur* formulada por Jorge Piñol Masot. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 203 del 2 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el

abreviado de María Cristina Concha González contra Armando Duque Restrepo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Confesión. *Si bien es cierto que la falta de contestación a la demanda constituye un indicio en contra del demandado, ésta omisión o silencio no implica aceptación o confesión de los hechos del libelo y por tanto corresponde a la parte actora la carga de la prueba.* Sentencia 204 del 2 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Nazareth de Jesús Vargas contra Francisco Jesús Granda Mora. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

INCONSONANCIA. *Las contradicciones en que se incurra en la parte motiva del fallo resultan irrelevantes, si no inciden en la decisión.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *No basta mencionar las normas legales que se consideren quebrantadas, es necesario hacer las reflexiones y consideraciones conducentes a demostrar, conceptualmente, los alcances de la infracción.* Sentencia 205 del 3 de octubre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Rosa Matilde Orejarena de Mantilla contra Juan Amado Marín. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia del 3 de octubre de 1986, número 207. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Augusto Morales Villegas contra María Lucía Castiblanco. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 208 del 7 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gilma Araújo contra Alberto Latorre Cuartas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 209 del 7 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Fabio Alberto Vargas Moreno contra Piedad Patricia Márquez López. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *La demandada expresó, en prueba documental su voluntad de alejarse de su esposo, sin aducir motivo de justificación alguna.* Sentencia 210 del 7 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Rosemberg Bermúdez Vasco contra Amparo Vélez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 211 del 7 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Graciela García contra Efraín Rodríguez Velásquez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *El Tribunal al prohiar las apreciaciones del a quo hizo descansar en las normas citadas por éste, su decisión. Luego han*

debido incluirse en el cargo formulado, dichas normas. Sentencia 212 del 8 de octubre de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Alvaro Vélez Calle contra Municipio de Cartagena. Magistrado ponente: doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 213 del 9 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Myriam Irma Soto contra Jesús Armando Cubillos. Magistrado ponente: doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. *Dada la causal de separación probada, conlleva la suspensión o pérdida de la patria potestad para la demandada, determinación que el artículo 315 del Código Civil permite al juez decretar oficiosamente.* Sentencia 214 del 9 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Uriel Giraldo Trujillo contra Yolanda Grijalba Escobar. Magistrado ponente: doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador ad litem. *Corresponde al Tribunal de origen estudiar el comportamiento del curador ad litem en el desempeño de su cargo, y, adoptar, si lo considera pertinente, las medidas que sean del caso.* Sentencia del 9 de octubre de 1986 número 215. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Nubia Mantilla Ramírez contra José Higinio Carrero Ramón. Magistrado ponente: doctor Rafael Romero Sierra.

NULIDAD PROCESAL - Causales 8ª y 9ª. *No prospera el recurso de revisión con base en estas causales de nulidad, pues al no proponer excepción previa, ni alegarla oportunamente se considera saneado el vicio procesal.* Sentencia 216 del 10 de octubre de 1986. *Declara infundado* el recurso interpuesto por los herederos de Herminia de las Mercedes Pérez viuda de Mejía contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Magistrado ponente: doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Alimentos. *La obligación alimentaria emana directamente de la ley y no precisa que se reafirme en una decisión judicial de esta naturaleza, que sí se requerirá cuando el objeto específico del proceso sean los alimentos que en concreto se demandan.*

PATRIA POTESTAD. *La Corte precisa que la ejercerá en adelante únicamente el esposo demandante.*

COSTAS. *Se adiciona la sentencia en el sentido de condenar en costas de la primera instancia a la parte demandada.* Sentencia 217 del 10 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Alvaro Rafael Gómez Casseres D'Luyz contra Lucy Josefina del Cristo de la Ossa. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. *La Corte adiciona la sentencia consultada en el sentido de decretar la pérdida de la patria potestad del*

demandado sobre sus menores hijos, teniendo en cuenta la causal de separación demostrada. Sentencia 218 del 15 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Nydia de Jesús Yepes Molina contra José Lisímaco Osorio. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Sólo se atacaron algunos de los fundamentos de la sentencia, luego queda amparada por la presunción de acierto, en relación con los que no fueron atacados.*

CONTRATO DE SEGUROS - Muerte accidental. *Carga de la prueba de la ocurrencia del siniestro, en la forma prevista en el contrato.* Sentencia 219 del 16 de octubre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Aura Marina Gaviria de Gómez contra Cía. Suramericana de Seguros de Vida S. A. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia del 16 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Alfonso Moreno Cagua contra Yolanda Papagayo Martínez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 221 del 17 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Marina Calderón Gómez contra Edgar Arturo Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. *Como el artículo 315 del Código Civil permite al Juez decretar la pérdida de la patria potestad, oficiosamente, la Corte, sin que se viole el principio conforme al cual la sentencia del a quo no puede ser reformada en perjuicio de la parte en cuyo favor se surte la apelación o la consulta, así lo hace.* Sentencia 222 del 17 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gladys Rueda contra Gersáin Alzate Soto. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 223 del 17 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Martha Lucía Mejía contra Oscar de Jesús Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - De gobierno extranjero. *La Sala de Casación Civil de la Corte no es competente para conocer de procesos civiles promovidos contra un gobierno extranjero.* Auto 071 del 17 de octubre de 1986. *Rechaza* demanda ordinaria propuesta en el proceso de Hernando Tolosa Ospina contra Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica y Eduardo Gómez Bastidas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Cuidado personal del hijo. *No debe confundirse con la guarda de que trata el artículo 248 del Código Civil.* Sentencia

224 del 20 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Félix Fco. Guerrero Castillo contra Carmen Irene Delgado Albornoz. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 225 del 20 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Helena Moreno contra Urbano Hernández Vásquez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Curador ad litem. *En cuanto a su conducta desidiosa, corresponde al Tribunal considerar las circunstancias del caso y resolver si se impone investigarlo disciplinariamente.* Sentencia 226 del 21 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Alba Lucía Peláez contra Luis Fernando González Arana. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

NULIDAD PROCESAL - Notificación indebida. *Sólo puede alegarla quien estuvo mal notificado.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *No se indicó la clase de error en que se afirma incurrió el fallador.* Sentencia 227 del 21 de octubre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Omar Penagos Figueroa contra Rosa María Penagos y Octavio Tamayo González. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

CONTRATO - Interpretación. *Es cuestión confiada a la autonomía del juzgador, que sólo se puede cambiar si se demuestra que incurrió en evidente y ostensible error.* Sentencia 228 del 21 de octubre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Inversiones y Construcciones Generales "Sigen" Ltda. contra Corporación Forestal de Cundinamarca S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 229 del 22 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Narcisca Eusebia McLean C. contra Ricardo Miguel Zapata Pinto. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 230 del 22 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de José Herminzul Giraldo A. contra Blanca Oliva Pareja U. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 231 del 22 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de José Benigno contra Oliva Carrillo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 232 del 22 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el

abreviado de Leonor Mercedes Castellanos contra Miguel Antonio Otero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

REVISION - Caución. *Si no se cumple con la carga procesal de prestar la caución que se señale al recurrente para garantizar los perjuicios que pueda causar, se debe inadmitir la demanda de revisión.* Auto 072 del 22 de octubre de 1986. *Inadmite* la demanda de revisión propuesta por José María Castellanos Cervera contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

MEDIDAS CAUTELARES - Levantamiento. *No demostró el incidente la posesión material sobre los bienes secuestrados.*

DOCUMENTO - Auténtico. *Aunque la fotocopia está autenticada, el documento original no es auténtico y por tanto carece de fecha cierta frente a terceros.* Auto 073 del 22 de octubre de 1986. *Confirma* el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Luz Myriam Galves de Ramos contra Mario Alberto Galves Moreno. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 233 del 23 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Rosa Vargas Gámez contra Luis Carlos Merchán. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

CLAUSULA PENAL - Efectos. *Son distintos sus efectos si se pacta por el incumplimiento de la obligación principal, o si se pacta por el incumplimiento de un punto fundamental de contrato.*

CASACION - Autonomía de los cargos.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa. Sentencia 234 del 23 de octubre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Pilar Umaña de Sáenz contra Humberto Bayona González. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 235 del 24 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de José Federico del Río Urueta contra Purificación Herrera Castro. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Reformatio in pejus. *Se concede en forma exclusiva el ejercicio de la patria potestad a la demandante, y en tal sentido se modificará el fallo consultado, sin que tal previsión constituya violación del principio de la "reformatio in pejus", pues se trata de medida que puede ser declarada de oficio.* Sentencia 236 del 24 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Nelly Hernández Bernal contra Marco Fidel Peña Bautista. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 237 del 27 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el

abreviado de Leyla Caviedes contra Gonzalo Hernández Ojeda. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 238 del 27 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Stella González Forero contra Policarpo Fandiño Díaz. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Matrimonio - Deberes. *La cohabitación, soporte de la vida matrimonial. Hay obligaciones y deberes de linaje legal y otros de carácter moral.* Sentencia 239 del 27 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Cecilia Forero contra Hernando Gaitán Vargas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Matrimonio - Deberes. *En el caso de las obligaciones cuyo cumplimiento consiste en una conducta positiva, se admite alegar hechos que justifiquen su inobservancia, pero no en los deberes cuyo cumplimiento estriba en una abstención, como la fidelidad y el respeto.* Sentencia 240 del 27 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Elsa María Noriega contra José Angel Godoy Coronel. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

CONSULTA - Reconstrucción expediente. *Como no se solicitó oportunamente la reconstrucción del expediente destruido, que se encontraba en consulta, de acuerdo con el artículo 1º regla cuarta del Decreto 3829 de 1985, se entiende confirmada dicha sentencia.* Sentencia 241 del 28 de octubre de 1986. Entiéndese confirmada la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de Marta Teresa Pradilla contra Alvaro Becerra Pinilla.

APELACION - Reconstrucción expediente. *De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 3829 de 1985, cuando no se solicita oportunamente la reconstrucción del expediente, se declara desierto el recurso de apelación interpuesto y ejecutoriada la sentencia apelada.* Auto 075 del 28 de octubre de 1986. *Declara* desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el abreviado de Hernando Campos contra Gloria Libia Roldán de Campos. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

PATERNIDAD NATURAL - Relaciones sexuales. *La excepción de "plurium constupratorum" debe estar acreditada plenamente para su prosperidad.* Sentencia 242 del 29 de octubre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario del menor Juan José Cañón Romero contra José de la Cruz Cañón Lozano. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 243 del 29 de octubre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Rubiela López contra Carlos Calderón Perdomo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. *Se deben tener en cuenta todos los elementos anteriores o coetáneos al otorgamiento de los títulos que se exhiben.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *No se atacaron todos los fundamentos fácticos que sirvieron de soporte a la sentencia, luego ésta sigue amparada por la presunción de acierto.* Sentencia 244 del 29 de octubre de 1986. *No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Cecilia Murcia de Iregui contra Villacentro Limitada.* Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

PRUEBA - Persuasión racional.

ESCRITURA PUBLICA. *De acuerdo con el principio de la crítica razonada y no con el de la tarifa legal (salvo las ritualidades ad substantiam actus) hay prueba libre para demostrar en contra de lo consignado en una escritura pública.*

LESION ENORME. *Es una de las limitaciones principio de la libertad de contratación. Presupuestos para la prosperidad de la acción de rescisión.* Sentencia 245 del 30 de octubre de 1986. *Casa la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el ordinario de Silas Santamaría Patiño contra Rogelio Palacios Botero.* Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 246 del 30 de octubre de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Marina Sosa contra Luis Antonio Vargas Cruz.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. Demostrado el abandono de los deberes de padre, la Corte en forma oficiosa decreta la pérdida de la patria potestad del demandado. Sentencia 247 del 31 de octubre de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de María Victoria Reyes Zafra contra Salomón Correa López.* Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Reformatio in pejus. Sin violar este principio, por estar autorizado para hacerlo en forma oficiosa, la Corte decreta la pérdida de la patria potestad del demandado sobre sus menores hijos. Sentencia 248 del 31 de octubre de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Brígida Arciniegas contra Aquileo Reyes.* Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 249 del 5 de noviembre de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Ofir Ospina Cardona contra Luis Antonio Ramírez Vargas.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 250 del 5 de noviembre de 1986. *Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luis Javier Angel Ochoa contra Bertha Cecilia Rosero.* Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 251 del 5 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Silver Alberto Stuart contra Luz Helena Montoya. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CONTRATO DE TRANSPORTE - Terrestre de cosas. Prueba. *Por perfeccionarse con el sólo concierto de voluntades, su prueba es libre. Una carta de porte que no reúne las exigencias legales, no tiene la eficacia de título valor, pero sirve de medio de prueba o para corroborar otras pruebas.*

DEMANDA EN FORMA. *La hermenéutica de la demanda no puede traducirse en un exagerado criterio que sacrifique el derecho sustancial, y si las deficiencias formales se suplen con otros documentos y se cumplen los fines perseguidos por la ley, no hay lugar a sentencia inhibitoria.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Error de hecho. Sentencia 252 del 5 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Frascos Técnicos Limitada contra Transportadora Comercial Colombia Limitada y Transportadora Comercial Andina Limitada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 253 del 5 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Guiomar Patricia Madrid Estrada contra Efraín Ramírez Torres. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 254 del 6 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Arnoldo Pancha Bohórquez contra María Belén Sabogal. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No se demostraron los hechos en que se fundó la demanda de reconvención.* Sentencia 255 del 6 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Aura Salazar Ramírez contra Alvaro Lozano Miranda. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Del matrimonio surgen obligaciones que se cumplen con una conducta positiva y otras con conducta omisiva. El incumplimiento de las primeras puede tener como justificación temporal la culpa del otro cónyuge, no así el incumplimiento de las segundas que no admiten justificación. Cuando ambos cónyuges faltan a sus obligaciones el culpable será el que primero incumplió y si no se logra establecer eso, lo serán los dos. Bajo el imperio de la Ley 1ª de 1976, cuando ninguno de los cónyuges sea inocente, cada uno está legitimado para solicitar la separación por culpa del otro, o contrademandar, ya que en esta materia no se abre paso la compensación de culpas.* Sentencia 256 del 7 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Martha Lucía Estévez contra Raúl Henao Garcés. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

NULIDAD PROCESAL - Num. 9º Art. 152 C. P. C. *Sólo puede ser invocada a través del recurso extraordinario de revisión por quienes han debido ser citados y no lo fueron, y no por quienes si concurrieron al proceso.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Error de hecho. Sentencia 257 del 7 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Mesías y Leonel Saldaña y Evelio Bocanegra Saldaña contra sucesores de Víctor Lozano Suárez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. *Para que se configure, no es necesario el incumplimiento conjunto de los deberes de esposo y padre o de esposa y madre, así como tampoco que se haya omitido cumplir con todos y cada uno de los deberes de cónyuge o paternales.* Sentencia 258 del 7 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Norma Correa Villada contra Henry Hernández Rueda. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

AGENCIAS EN DERECHO. *Hay lugar a su tasación, aunque no se haya presentado escrito alguno de réplica por parte del mandatario judicial, pues este hecho no permite suponer un abandono de los deberes profesionales de vigilancia.* Auto 076 del 7 de noviembre de 1986. *Declara infundada* la objeción propuesta. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

TERMINOS - Fijados por el Juez. *Pueden prorrogarse por una sola vez. Razón de ser y finalidad de los términos judiciales.* Auto 077 del 11 de noviembre de 1986. Rechaza solicitud de reconstrucción del proceso de Consumos Limitada contra Productor de Maíz S. A., "Promasa". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

REVISION. *Análisis de las causales de revisión contempladas en los numerales 6º y 8º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Este recurso no constituye una nueva instancia del proceso; no tiene por objeto replantear la litis.* Sentencia 260 del 12 de noviembre de 1986. *Declara infundada* la revisión propuesta por Gustavo Melo García contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Lucila Forero de Ramos contra Gustavo Melo García. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 261 del 12 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Genelia Giraldo contra José Manuel Giraldo Osorio. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. Sentencia 262 del 12 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Magdalena Roldán de Gaviria contra Mónica María Gaviria Villa. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

TERMINOS. *Qué son los términos judiciales o procesales y su finalidad. En la solicitud de reconstrucción del proceso no se cumplió con el término fijado por el Juez*

para suministrar algunos datos importantes. Auto 078 del 12 de noviembre de 1986. Rechaza la solicitud de reconstrucción del expediente en el proceso de Enrique Moreno y Cecilia López de Moreno contra Pablo Emilio Silva. Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.

MEDIDAS CAUTELARES - Registro demanda. *Quien adquiere el bien inmueble con posterioridad a esta medida tiene que afrontar los efectos de la sentencia que se dicte. Su comparecencia al proceso es facultativa, ya que no conforma litis consorcio necesario con su causahabiente demandado (Arts. 690 Num. 1º y 332 del C. de P. C.). Sentencia 264 del 13 de noviembre de 1986. Declara infundada la revisión propuesta por Alveiro Masso Correa contra la sentencia proferida por la Corte. Magistrado ponente: doctor Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 265 del 13 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de María Gladys Issa Tigreos contra Hugo Vélez. Magistrado ponente: doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 266 del 13 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Marleny Ocampo contra Simón Rabares Marín. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

PODER - Presentación. *Si el poderdante que reside en ciudad distinta de aquella donde se tramita el proceso, hace presentación personal del memorial del poder ante el Juez y el secretario del Juez del conocimiento, no se requiere la autenticación de su firma ante el Juez o notario del lugar de su domicilio.*

MINISTERIO PUBLICO. *Su intervención únicamente se requiere en los procesos de separación de cuerpos, cuando hay hijos menores. Auto 079 del 13 de noviembre de 1986. Revoca el auto y admite la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Yola Armira Rosales de Erazo contra Luis Enrique Erazo Leyton. Magistrado ponente: doctor Héctor Gómez Uribe.*

CASACION - Legitimación. *Está legitimado para interponer el recurso de casación el demandado que estuvo representado por curador ad litem en la primera instancia y que se presenta personalmente al proceso en vísperas de dictarse la sentencia que resolvió la consulta, confirmando la sentencia materia de la consulta. Auto 080 del 13 de noviembre de 1986. Concede el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Eduardo Medina Mejía y María Eugenia de Sánchez contra Yolanda Arenas viuda de Machado.*

NULIDAD PROCESAL - Emplazamiento indebido. *Las publicaciones exigidas por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil deben hacerse dentro del mes de fijación del edicto. Si el último día de ese mes es un feriado, no se extiende el plazo, pues la publicación puede válidamente hacerse en ese día. Auto 081 del 18 de noviembre de 1986. Declara nulidad de lo actuado en el proceso de María Teresa Gutiérrez de Piedrahíta contra Carlos Arturo Piedrahíta. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Porte de Correo. Auto 081A del 19 de noviembre de 1986. *No repone* el auto proferido por la Corte y que declaró inadmisibles el recurso de casación interpuesto por Cerromatoso S. A. contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería, en el ordinario de Servicórdoba Limitada contra Cerromatoso S. A. y Bechtel Intercontinental Corporation. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

REVISION - Sentencia Juez singular. *Del recurso extraordinario de revisión de sentencia dictada por Juez singular, conoce el Tribunal Superior en única instancia, o sea que las providencias dictadas en su tramitación no admiten apelación.* Auto 082 del 20 de noviembre de 1986. *Declara bien denegada la apelación contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Sincelejo en el recurso de revisión de Doris Navarro de Torres contra Moisés Medina Zota.* Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 268 del 21 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Sara García contra Luis Eduardo Ríos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SIMULACION - Acción reivindicatoria. *Si una compraventa de inmueble resulta simulada totalmente, no puede servir de prueba del dominio, como requisito de esta acción.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa.

POSESION - Agregación. *Este fenómeno según el cual puede el sucesor sumar a su posesión la de su antecesor, no puede fundarse en una promesa de compraventa que sólo genera obligaciones de hacer y no es título traslativo. Para que opere la agregación de posesiones se requiere título traslativo, que en tratándose de inmuebles debe constar por escritura pública.* Sentencia 269 del 21 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Ana Medina de Parra y Evelio León León contra María Francisca Rivas de Medina, Julio Rodríguez Guarnizo y Cultivos Minas del Tolima Limitada. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Sentencia 271 del 21 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Nohora Ospina de Espinosa contra Alfredo y Jaime Espinosa Granados, Jorge Moncada y Alberto Lozada Núñez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Obligaciones y negocios jurídicos mercantiles.* Sentencia 272 del 21 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge Uribe Restrepo contra Papelería Faenza Limitada. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 273 del 24 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta,

en el abreviado de Victoriano Moncada Rosas contra Edilia Hernández. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

INCONSONANCIA. *No se presenta el vicio en la modalidad de extra petita cuando el juez decide por fuera de lo pedido por estar autorizado por la ley para tomar decisiones oficiosamente en el punto.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Vía directa y vía indirecta, son distintas. Grave error de técnica confundirlas.*

CONTRATOS - Interpretación. *Discreta autonomía de los juzgadores de instancia que se respeta, salvo error evidente:*

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. *Las contradicciones deben ser aparentes, esto es, cuando desaparecen con una lógica y razonada interpretación.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Declaración oficiosa de nulidad.* Sentencia 274 del 24 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jaime Rodríguez Camacho y María Cristina Ossa de Ramírez contra Alberto Cortés Garzón y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 275 del 24 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Mary Luz Villaquirán Polanía contra Alfonso Niño. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

REVISION - Lanzamiento. *No sirve para fundar este recurso el error en que haya incurrido el juzgador en la apreciación y valoración de una prueba. Requisitos para que se configuren las causales 1ª y 6ª del Artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Naturaleza, contenido y alcance de esta impugnación extraordinaria.* Sentencia 276 del 25 de noviembre de 1986. *Declara infundado* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Autopista Lago de Chapinero Limitada contra Sociedad Estacionamientos Park Limitada. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 277 del 26 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Olga Lucía Pedraza Restrepo contra Jesús Alberto Jaramillo Mejía. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 278 del 26 de noviembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Ananías Prieto Alvarez contra María Gladys Gutiérrez Hurtado. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

CONSULTA - Reconstrucción expediente. *De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 3829 de 1985, como no se solicitó oportunamente la reconstrucción del expediente, se entiende confirmada la sentencia que se encontraba en trámite de consulta.* Sentencia 280 del 26 de noviembre de 1986. Entiéndese confirmada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el abreviado de Carlos Arana contra Vivian Idonne Olarte. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PROCESO - Interrupción. *No hay lugar a ella cuando quien padece la enfermedad grave es el auxiliar del abogado, apoderado judicial de una de las partes.* Auto 083 del 26 de noviembre de 1986. *Deniega* interrupción del proceso solicitada en el proceso instaurado por Francisco Sánchez contra el Banco Popular. Tribunal Superior de Santa Marta. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - En responsabilidad contractual. Sentencia 281 del 27 de noviembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Luis Norberto Correa Sánchez y otros contra Club de Natación Independiente. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjó*.

ACCION REIVINDICATORIA - Posesión en el demandado. *Estudio de este requisito. El auto que decide negativamente una solicitud de levantamiento de secuestro formulada por un tercero no es prueba de la posesión del bien en cabeza del demandado.* Sentencia 283 del 27 de noviembre de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de María Estrella Suárez contra Julio Robayo Baquero. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

REVISION - Requisitos, demanda. *Además de los requisitos especiales que se exigen en esta clase de demandas, deben llenar los requisitos generales de toda demanda, que sean pertinentes, sin que luego sea posible su corrección o adición. Si la Corte por error admitió una demanda defectuosa, en cualquier momento puede revocar la decisión e inadmitir la demanda por haber sido un auto ilegal que por lo mismo no la liga.* Auto 084 del 27 de noviembre de 1986. *Inadmite* la demanda de revisión presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, e instaurada por el Banco Nacional. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no incurrió en los errores que le atribuye el demandado recurrente en casación.* Sentencia 284 del 1º de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Gonzalo Reyes Tristanchó contra Urbanizadora David Puyana S. A., "Urbanas". Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. TESTIMONIO - De oídas. Sentencia del 3 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Enrique Vargas contra Ana Hilda Huertas. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 286 del 4 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Soledad Maldonado contra Julián Saravia Luu-Kas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. *Teniendo en cuenta la causa de separación demostrada, la Corte priva al demandado del ejercicio de la patria potestad sobre su hijo menor.* Sentencia 287 del 4 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de

Graciela Amparo Jiménez contra Luis Alfonso López Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 288 del 5 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sinecejo, en el abreviado de Alba Díaz contra Argemiro Oviedo Donado. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 289 del 5 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Olga Torres contra Saker Kalid Akel. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 290 del 5 de diciembre de 1986. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Luz Amparo Martínez contra Argemiro Morales Ceballos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

NULIDAD. LESION ENORME - Acción rescisoria. *No se incurre en nulidad por falta de competencia, cuando el juez rescinde el contrato y provee sobre las prestaciones mutuas, ex officio, pues así se lo ordena la ley.*

REVISION. Se distinguen dos etapas que la doctrina ha llamado "Judicium rescindens" y el "Judicium rescissorum". Sentencia 291 del 5 de diciembre de 1986. Declara infundada la revisión propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Augusto Mejía León contra Miguel Mejía León. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

NULIDAD. Declaración oficiosa de una excepción de fondo. El vocablo "juez" que emplea el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil se refiere a cualquier juzgador de instancia que está en el deber de declarar oficiosamente la excepción de fondo que encuentre probada, si no es de aquellas que requieren ser alegadas expresamente, y cuando lo hace no incurre en nulidad por falta de competencia ni en el vicio de incongruencia. Sentencia 292 del 5 de diciembre de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Alberto Gómez Gómez contra Aceites y Grasas Vegetales S. A., "Acegrasas". Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

INCONSONANCIA - Extra petita. *No se incurre en ella cuando el sentenciador decide por fuera de lo pedido en virtud de autorización legal para adoptar decisiones oficiosas en el punto, por proveer sobre cuestiones incluídas en la relación procesal y por lo tanto conocidas por las partes desde el comienzo.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma sustancial. *No lo son los artículos 526 y 533 del Código de Comercio. Sentencia 293 del 5 de diciembre de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Abraham Camacho Mendoza contra María Adicla Gutiérrez de Maya. Magistrado ponente: doctor Rafael Romero Sierra.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Error de hecho. Interpretación errónea. Sentencia 294 del 5 de diciembre de 1986. No casa la proferida por el Tribunal Superior de

Medellín, en el ordinario de Juan Alberto y María Bibiana Franco contra herederos de Bernardo Cardona Raigosa. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la proposición de los cargos. No se integró debidamente la proposición jurídica.* Sentencia 295 del 9 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el sucesorio de José Nelson Mantilla. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

CONTRATO DE MANDATO - Perfeccionamiento. *No se requiere de solemnidad alguna. La aceptación por parte del mandatario puede ser expresa o tácita.* Sentencia 296 del 11 de diciembre de 1986. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el ordinario de Homero Reyes, Víctor Montoya y otros contra Asociación Pro-damnificados de Almacenes Centrales. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 297 del 11 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Myriam Sierra Montes contra Rodolfo Torres Ortega. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía indirecta. *Diferencias entre el error de hecho y el de derecho que los hacen inconfundibles. Autonomía de los cargos. No se puede pretender un reexamen general de las pruebas.*

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - Daños producidos por un animal. *Legitimación activa y pasiva. Se presume la culpa.* Sentencia 298 del 11 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el ordinario de Mario García Capella contra Sociedad Nelson Martello y Cía. Limitada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

CASACION - Sentencia inhibitoria. *Es posible impugnarla en casación, debiendo atacarse por la causal primera, por violación directa, por el concepto de falta de aplicación de una norma sustancial, pero además es necesario que el censor impugne la conclusión a que llegó el sentenciador demostrando la equivocada fundamentación.*

LEGITIMACION EN CAUSA.

a) *No siempre es tema que deba analizarse en la sentencia. En muchos casos es cuestión que debe estudiarse en la etapa inicial del proceso;*

b) *La falta de legitimación en causa no conduce a sentencia inhibitoria, sino denegatoria de las pretensiones.* Sentencia 299 del 11 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Joaquín Emilio Álvarez Correa y otros contra Zoila Rosa Álvarez Correa. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

EXCEPCIONES PREVIAS - Resolución. *Orden que debe seguir el juzgador para resolverlas.* Auto 085 del 11 de diciembre de 1986. *Confirma* en parte la sentencia

proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Yadira Elena Abello de Mancini contra Emmanuel Filiberto Mancini Alzamora. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 300 del 12 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Jorge Aristizábal Urrea contra Norma Lucía Bedoya Henao. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa. *El recurrente no puede separarse de la apreciación que de los hechos hizo el Tribunal.*

DECLARACION DE PERTENENCIA

a) Prueba. *La condición de hija del titular del dominio del inmueble, de la demandante, no permitió establecer el momento en que entró en posesión de manera que justificara en el tiempo y en los hechos las razones para la declaración de pertenencia invocada.*

b) Agregación de posesiones. *No opera entre vivos sino mediante acuerdo de voluntades plasmado en escritura pública.* Sentencia 301 del 12 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Roquelina Polo Araújo contra Alejo Quintero Nieto o sus herederos. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. *No sirve de elemento único para que el sentenciador decrete la separación, ni el silencio del extremo pasivo, ni aún la manifestación de estar de acuerdo con el decreto de separación. Distinta es la confesión del demandado, que sí se admite como prueba en esta clase de procesos.* Sentencia 302 del 12 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rosa Elena Gutiérrez contra Edgard Miguel Cortés Vargas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Acción reivindicatoria. Sentencia 303 del 12 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de José Vicente Lozano Bárcenas contra Delfina Trujillo de Cuéllar. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Esencia de los comportamientos que emanan de la obligación de "vivir juntos".* Sentencia 304 del 12 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Teresita Uribe Echeverri contra Alvaro de Jesús Gómez Posada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 305 del 12 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Isidro Antonio Avila Cepeda contra Adelfa Ariza. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - En actos y negocios mercantiles. Sentencia 306 del 12 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de sucesión de Cayetano Prada M. contra Productos Colosal Castilla Solano Hermanos Limitada, Oliva María Solano y Gilberto Castilla Solano. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Caducidad. Auto 086 del 11 de diciembre de 1986. *Confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Blanca Dive Enciso de Espinel contra Florentino Espinel Becerra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

CASACION - Costas. *La Corte reitera que el pronunciamiento sobre costas a cargo de un litigante no es susceptible de ataque en casación tomado en sí, ajeno a la cuestión de mérito a que accede.* Sentencia 307 del 15 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Rafael Virgilio Ospina Forero contra Cecilia López Rico y Magdalena Benavides Rosero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 308 del 15 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Leonidas García contra Myriam Quijano. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Prueba. Sentencia 309 del 15 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luis María Suárez Contreras contra Rosa María Chávez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 310 del 15 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Martha Light contra José Joaquín Gil Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la apreciación de los cargos impide estudio de fondo.* Sentencia 311 del 15 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Ofelia Ruiz de Mesa contra Víctor Manuel Arboleda Cardona. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - En actos y negocios mercantiles. Sentencia 312 del 15 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Israel Sierra Espitia contra Motores y Máquinas S. A., "Motorisa". Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Apelación. Sentencia 313 del 16 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá,

en el abreviado de Ignacia del Carmen de Oro Bustamante contra Pedro José Cobos Carrillo. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 314 del 16 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Francisco de Paula Moreno Palacio contra Zulema López Toro. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Patria potestad. *La Corte adiciona la sentencia consultada en el sentido de privar al demandado del ejercicio de la patria potestad sobre su menor hija, teniendo en cuenta la causal de separación probada*. Sentencia 315 del 16 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gladys Molina contra Víctor Manuel Gómez Reyes. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Abandono. Sentencia 316 del 16 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Jaime Antonio Giraldo Arango contra Olga Lucía Cardona Monsalve. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Consulta. Sentencia 317 del 16 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Luz Marina Pineda Valencia contra Jaime Cano. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Legitimación en causa. *El demandante no está legitimado para invocar las causales de separación, porque tal posibilidad sólo le está permitida al cónyuge inocente y fue él quien con su comportamiento colocó a la esposa en la imposibilidad de cumplir con sus deberes*. Sentencia 318 del 16 de diciembre de 1986. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el abreviado de Manuel de Jesús Valdés García contra Omaira Lara. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

NULIDAD - Emplazamiento defectuoso. *El requisito de enviar copia del edicto emplazatorio a la dirección que aparezca en el directorio telefónico, no se suple con la llamada telefónica que a ese lugar haga el secretario para constatar si el demandado vive o no en ese lugar*. Auto 087 del 16 de diciembre de 1986. *Declara* nulidad de lo actuado en el abreviado de Flor Edith Parra Artunduaga contra Hernán de Jesús Artunduaga Cardona. Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa. *El artículo 403 del Código de Procedimiento Civil es norma de carácter procesal que no puede por sí solo estructurar esta causal de casación*. Sentencia 319 del 16 de diciembre de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Berta Helena Linares viuda de Rendón contra Luis Carlos Iriarte y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRESA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
GACETA EN ABRIL DE 1988.