

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)



SALA DE CASACION CIVIL  
PRIMER SEMESTRE

TOMO CLXXXVIII - Número 2427  
Bogotá, D. E., Colombia - Año de 1987

REPUBLICA DE COLOMBIA

# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXXVIII

PRIMER SEMESTRE - 1987



SALA DE CASACION CIVIL

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

1987

**SALA PLENA**

Doctores **JUAN HERNANDEZ SAENZ, Presidente.**  
**JAIRO DUQUE PEREZ, Vicepresidente.**  
**Inés Galvis de Benavides - Alfredo Beltrán Sierra.**  
Secretarios.

**SALA CIVIL**

Doctores **JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ,**  
**Presidente.**  
**Inés Galvis de Benavides - Alfredo Beltrán Sierra.**  
Secretarios.

**MAGISTRADOS:**

Doctores **José Alejandro Bonivento Fernández.**  
**Eduardo García Sarmiento.**  
**Héctor Gómez Uribe.**  
**Héctor Marín Naranjo.**  
**Alberto Ospina Botero.**  
**Rafael Romero Sierra.**

**SALA PENAL**

Doctores **JORGE CARREÑO LUENGAS, Presidente.**  
**Guillermo Salazar Otero, Secretario.**

**MAGISTRADOS:**

Doctores **Jorge Carreño Luengas.**  
**Guillermo Dávila Muñoz.**  
**Guillermo Duque Ruiz.**  
**Jaime Giraldo Angel.**  
**Gustavo Gómez Velásquez.**  
**Rodolfo Mantilla Jácome.**  
**Lisandro Martínez Zúñiga.**  
**Edgar Saavedra Rojas.**

## SALA LABORAL

Doctores **RAFAEL BAQUERO HERRERA, Presidente.**  
**Bertha Salazar Velasco, Secretaria.**

### MAGISTRADOS:

Doctores **Rafael Baquero Herrera.**  
**Nemesio Camacho Rodríguez - Ramón Zúñiga Valverde.**  
**Manuel Enrique Daza Alvarez.**  
**Juan Hernández Sáenz.**  
**Jorge Iván Palacio Palacio.**  
**Jacobo Pérez Escobar.**

## SALA CONSTITUCIONAL

Doctores **FABIO MORON DIAZ, Presidente.**  
**Betty Cuervo Zárate - Luz Emilia Jiménez de Molina.**  
**Secretarias.**

### MAGISTRADOS:

Doctores **Jairo E. Duque Pérez.**  
**Hernando Gómez Otálora.**  
**Fabio Morón Díaz.**  
**Jesús Vallejo Mejía.**

## 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 ROSA AVELLA DE CORTES

**RELATORA SALA PENAL**

DOCTORA HILDA LEONOR CORTES GÓMEZ

**RELATORA SALA LABORAL**

DOCTORA ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ

**RELATOR SALA CONSTITUCIONAL**

DOCTOR MIGUEL ANTONIO ROA CASTELBLANCO

---

TOMO CLXXXVIII - Bogotá-Colombia - Enero a Junio de 1987 - Número 2427

---

## SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

**TRANSACCION.** Elementos estructurales del contrato de transacción. No es transacción el escrito de los cónyuges en que solicitan que se dicte sentencia por "mutuo acuerdo", cuando se ha tramitado la separación a través de proceso abreviado.

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., 20 de enero de 1987.

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto en este proceso abreviado instaurado por Carmen Cecilia Baquero de Barragán frente a Germán Barragán Solano.

### I. ANTECEDENTES

1. En este proceso la citada Carmen Cecilia Baquero demandó a su esposo Germán Barragán a efecto de que por los trámites de un proceso abreviado, se decretara la separación "definitiva" de cuerpos, se declarara disuelta la sociedad conyugal y se hicieran los demás pronunciamientos de rigor.

2. En síntesis, como causa *petendi* expuso la actora que el demandado incumple con los deberes de esposo y padre; y que además ha sido víctima de ultrajes, trato cruel y maltratamientos por parte del mismo.

3. Noticiada la parte demandada, en oportunidad contestó el libelo oponiéndose a las súplicas de la demanda, manifestando que no eran ciertos los hechos invocados por la actora como causales para solicitar la separación.

4. Adelantado el proceso en sus etapas propias, el *a quo* le puso fin a la primera instancia por sentencia de 9 de julio del año en curso, mediante la cual accedió a las pretensiones, con excepción de las súplicas contenidas en el nomenclador 4 del libelo.

5. Posteriormente, dentro del término de ejecutoria de la anterior providencia, las partes, de consumo, presentaron escrito en el que textualmente manifiestan que es voluntad de las mismas "que la sentencia definitiva de separación de cuerpos sea por mutuo acuerdo, la cual debe regirse por las siguientes cláusulas...", a continuación señalan los términos en que se debe proferir tal decisión.

6. En firme la sentencia, sin que se le hubiera dado trámite a ese escrito, el 6 de agosto del mismo año el procurador judicial del demandado solicitó al Tribunal "dar trámite al memorial de transacción del proceso que se presentó por las partes el día veinticuatro del mes de julio del presente año...", argumentando que este memorial, presentado en tiempo, contenía "una transacción sobre algunos puntos de la sentencia" y que, por lo tanto, sólo habría que reconocerse y aceptarse como tal, puesto que se ajustaba a las previsiones del artículo 340 del C. de P. C.

7. El 11 de agosto del año que corre, el *a quo* resolvió en forma desfavorable el anterior escrito, manifestando que la extraña petición recibida el 24 de julio de 1986 y que ahora se le mostraba como transacción, en el fondo no planteaba sino una metamorfosis procesal imposible de aceptar, pues con ella sólo se pretendía que este proceso abreviado de separación de cuerpos de tipo contencioso se fallara a la manera de los procesos verbales por mutuo acuerdo.

8. Contra lo así decidido la parte demandada interpuso apelación, recurso que por virtud de su concesión ha traído este asunto al conocimiento de la Corte, en donde a la alzada se le imprimió la tramitación respectiva.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Establece el artículo 246 del C. Civil que la transacción "es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".*

*Con apoyo en esta definición ha dicho la Corte que son presupuestos estructurales de la transacción los siguientes: a) La discrepancia actual o futura entre las partes acerca de un derecho; b) La reciprocidad de las concesiones que se hacen las partes, y c) La voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado.*

2. *Examinada desde el punto de vista estrictamente procesal, la transacción es una de las formas de terminación anormal de los procesos, pues las partes, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, se hacen justicia sin la intervención de los juzgadores, esto es, que ellas mismas sacrificando parcialmente sus pretensiones, pues el actor desiste de su pretensión y el demandado renuncia a su derecho de obtener una sentencia, acuerdan a través de un acto de autocomposición, sin la participación del fallador, terminar el proceso. Como de vieja data lo ha expresado la Corte "la controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el proceso y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia así mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad, de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hacer" (14 de diciembre de 1954, LXXIX, pág. 267).*

*Luego, como lo preceptúa el artículo 340 del C. de P. C. en frente a un escrito que contenga los requisitos propios de la transacción sólo le corresponde al juez, una vez que haya comprobado si las partes son capaces y si el objeto sobre el cual recae es susceptible de dicha convención, aceptarlo y ordenar la terminación del proceso mediante AUTO que lo homologue.*

3. En la especie de esta *litis*, el escrito presentado por las partes antes de la ejecutoria de la sentencia no contiene propiamente una transacción, sino, como lo dijo el *a quo*, una extraña petición consistente en solicitarle que dictara sentencia que recogiera un acuerdo a que habían llegado demandante y demandado.

*Bien sabido es que cuando la separación de cuerpos se apoya en el mutuo acuerdo de los cónyuges, debe adelantarse conforme al procedimiento verbal; y que cuando es de tipo contencioso de acuerdo al trámite del proceso abreviado. Por lo demás, ha de anotarse que le corresponde al juzgador observar el principio constitucional del debido proceso, en orden a lo cual debe tener en cuenta que las normas procesales son de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento.*

En tales condiciones, si lo acordado por las partes fue una solicitud consistente en que dentro de este proceso contencioso se proferiera sentencia definitiva por mutuo acuerdo, debe seguirse que no consistiendo este escrito en una verdadera transacción, pues ni siquiera se le podía interpretar tal acto como una renuncia a la jurisdicción porque, al contrario, se le pedía proceder a dictar sentencia, ningún reparo merece la providencia del Tribunal.

4. Además, de lo dicho; se agrega que tampoco puede tenerse en cuenta el escrito posterior de 6 de agosto por medio del cual se pretende dar claridad al anterior, puesto que, por una parte, es extemporáneo, y por otro lado, únicamente fue presentado por una de las partes (art. 340 C. de P. C.).

5. De consiguiente, se impone sostener la providencia apelada.

### III. DECISIÓN

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

ley, CONFIRMA la providencia de 11 de agosto de 1986 pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

CONDÉNASE al demandado a pagar las costas del recurso.

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

## REFORMATIO IN PEJUS

**Condiciones para su configuración.** Cuando la sentencia de primer grado es inhibitoria y de ella apela únicamente el demandante, el superior al revocar dicha sentencia y dictar sentencia absolutoria, hace más gravosa la situación del único apelante.

---

*Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., veintinueve (29) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra la sentencia de 7 de mayo de 1985 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en este proceso ordinario de Hernán Andrés Ortega Pérez contra Colombian Mud Company Incorporated.

### I. ANTECEDENTES

1. En demanda que por reparto correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, Hernán Andrés Ortega Pérez convocó a proceso ordinario de mayor cuantía a la sociedad Colombian Mud Company Inc. sucursal de la principal domiciliada en Panamá, para que con citación y audiencia de su representante legal se efectuaran las siguientes condenaciones:

a) Que se condene a la compañía demandada a pagarle los perjuicios causados por los daños ocasionados a su propiedad ubicada en el barrio Bella Vista, sector 20 de julio, lote número 76;

b) Que se obligue a la misma compañía a construir una alcantarilla para que sus productos contaminantes no lo perjudiquen más;

c) Que se le condene también a pagarle el lucro cesante que ha sufrido por la no producción de frutos de la tierra debido a los daños causados en ella (impermeabilización);

d) Y, finalmente, que se le condene a pagar los gastos y costas procesales.

2. Adujo como hechos constitutivos de la causa *petendi*, los que a continuación se sintetizan:

a) Desde su instalación, la planta de la sociedad demandada ha venido derramando sustancias propias de su actividad, así como sobrantes industriales de todo género (ACPM, aceites, etc.), sobre la tierra de su parcela, cultivaba en ese entonces;

b) A finales de 1980, comenzó a notar que las plantas no producían en forma adecuada, su producción era algo menos del 25% de área cultivada en ese momento, por cuanto los subproductos que procedían del patio de Colmud mantenía su parcela inundada de un líquido amarillo, y, a veces, negro, en un área bastante extensa.

c) En esa misma época habló con los representantes de la empresa demandada y obtuvo una indemnización por los daños producidos en el primer semestre de 1980, por valor de \$15.000.00 y la promesa formal de que se haría todo lo posible para que no se volvieran a causar los mismos perjuicios;

d) Sin embargo, todo siguió igual y a fines de 1980, no pudo aprovechar un solo producto de su tierra;

e) A pesar de los múltiples requerimientos y correspondencia cruzada con los representantes de la sociedad demandada, no ha obtenido reparación satisfactoria a los daños causados por el derramamiento de las sustancias referidas, que persiste y se nota más cuando hay lluvias;

f) Los daños consisten en que "los precipitados referidos, unos matan la flora cultivable y otros impermeabilizan el suelo, haciendo que por falta de agua los plántíos se salgan a la superficie, no obteniéndose de esta forma cosecha alguna";

g) Los perjuicios son del orden de los \$600.000.00 por "no poder cultivar el área afectada y por la aridez consecuente".

3. La firma demandada contestó oportunamente el libelo, oponiéndose al despacho favorable de las pretensiones deducidas por el demandante, para lo cual negó todos los hechos, menos el relativo al pago de la suma de \$15.000.00, a la que dijo que no estaba obligada. Afirmó que solamente utiliza ACPM para el funcionamiento de un quemador y no derrama ningún aceite, por cuanto los únicos productos que procesa son la barita y bentonita, inofensivos para la fauna y la flora. Expresó por otra parte que, el demandante está reclamando sobre un predio que no le pertenece "ya que él es producto de una invasión, y la gobernación de Bolívar está gestionando los trámites legales para la devolución de ese terreno".

Propuso sin fundamentar, las excepciones de inepta demanda, ilegitimidad de personería y cobro de lo no debido.

4. Debidamente rituada, la primera instancia concluyó con sentencia de 4 de octubre de 1984, mediante la cual el juzgado de la causa se declaró inhabilitado para desatar el fondo del pleito.

5. Y la segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, terminó con la sentencia que ahora es objeto del recurso de casación, en la que se revocó la de primer grado y en su lugar se absolvió a la sociedad

demandada de los cargos consignados en la demanda que originó el proceso, y condenó a la parte actora a pagar las costas de ambas instancias.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Relatados los antecedentes del litigio y reseñado el trámite de la primera instancia, el Tribunal emprende el estudio de la cuestión debatida expresando que se está en presencia de una acción enderezada a obtener la declaración judicial de responsabilidad extracontractual y la consiguiente indemnización de perjuicios, por las circunstancias narradas en el libelo introductor, la que tiene su manantial especialmente en los artículos 2341 y 2343 del Código Civil.

2. En este orden, el *ad quem* puntualiza que, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, no puede dictarse sentencia de mérito sin que estén presentes los presupuestos procesales que las mismas fuentes han reducido a cuatro: "capacidad para ser parte, sustantiva o adjetiva, demanda en debida forma y competencia del funcionario investido del órgano jurisdiccional".

A continuación, el Tribunal *ad quem* afirma con base en el inciso 2º del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, que son sentencias "las providencias que deciden sobre las *pretensiones de la demanda*", y que éstas deberán contener decisión expresa y clara "sobre cada una de las pretensiones de la demanda" por lo que deduce: "...constituye la esencia de toda demanda su parte resolutive que versará *siempre* sobre las pretensiones incoadas, *verbi gratia*: si se solicita condenar a Pedro, no es dable dicha condena contra otra persona natural; o si se invoca la calidad de *poseedor* (art. 762 C.C.) no es dable que dicho pronunciamiento verse respecto al propietario (art. 669 C.C.), todo en armonía con los artículos 304 y 305 del Código Ritual Civil, siendo estos últimos más propiamente la legitimación en la causa" (subrayas del texto).

Descendiendo al caso controvertido, el Tribunal es enfático en afirmar que la indemnización que se reclama frente a la sociedad demandada, la solicita el demandante en calidad de propietario, pues así se desprende de la súplica primera del libelo y de la narración de los hechos sustentarios, por lo que remata su exposición: "si el señor Hernán Andrés Ortega Pérez ejerció la acción y reclamó el derecho como titular del dominio sobre el bien inmueble objeto de la *litis*, es lógico concluir que está llamado a acreditar su calidad de tal propietario (art. 669 C.C.) con el mismo libelo demandador o en el peor de los casos: dentro del plenario probatorio...", pues según el artículo 2342 del Código Civil dicha indemnización la puede pedir no sólo el dueño o poseedor de la cosa sobre que ha recaído el daño, sino también el usufructuario, el habitador, el usuario y aún el tenedor, pero en este último caso "sólo en ausencia del dueño".

Clausura sus planteamientos en el punto que viene desarrollando, diciendo que el demandante cuando ejerce la acción de responsabilidad extracontractual, está obligado a probar la culpa, el daño y el vínculo causal entre tales supuestos. Y además, a acreditar su calidad de titular del derecho reclamado, ora como dueño, poseedor, usufructuario, usuario, habitador, etc., carga probatoria que el demandante desatendió, pues obrando como propietario "jamás probó su condición de tal en

todo el rollo procesal, es decir, mediante escritura pública debidamente registrada a la luz del artículo 12 del Decreto-ley 960 de 1970...”.

Y luego de dilucidar que la legitimación en la causa, no es como lo entendió el fallador de primer grado, un presupuesto procesal sino un elemento de la pretensión, el *ad quem* sienta su desacuerdo con la determinación adoptada por el *a quo*, pues concluye que en tales circunstancias lo ajustado habría sido una sentencia absolutoria “por cuanto las pretensiones del actor quedan vulneradas por insolvencia probatoria” en lugar de la sentencia inhibitoria, proferida al considerar que la falta de legitimación en la causa era un presupuesto del proceso.

### III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

A dos cargos reduce el recurrente la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, ubicados en el ámbito de las causas primera y cuarta, de los cuales la Corte sólo estudiará el segundo, que viene debidamente fundamentado para obtener despacho favorable.

#### *Cargo segundo.*

Se acusa la sentencia de segundo grado por cuanto “hizo más gravosa la situación del apelante único y violó ostensiblemente el principio de la *reformatio in pejus*”.

Luego de resaltar los alcances del principio restrictivo de la *reformatio in pejus* como causal autónoma de casación y las severas limitaciones que se imponen para que el fallador de segunda instancia pueda resolver la impugnación con desmedro para el apelante único, puntualiza la comisión del yerro en los siguientes términos:

El fallo de primera instancia, apelado únicamente por el demandante se contrajo a dos determinaciones: inhibición para definir de mérito el pleito y abstención para condenar en costas.

Conforme a dicho fallo, el demandante disfrutaba de la posibilidad de volver a ejercitar la acción enderezándola contra la misma parte demandada y por idéntico objeto y causa, pues conforme al artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia inhibitoria no hace tránsito a cosa juzgada. Además, no había sido condenado a pagar las costas procesales.

El fallo de segunda instancia, revocó el de primer grado, absolvió a la empresa demandada y condenó al demandante a pagar las costas de ambas instancias.

Al tenor de esta resolución, la parte demandante y única apelante de la sentencia de primera instancia, ya no goza de la posibilidad que le brindaba la sentencia inhibitoria, pues el fallo absolutorio hace tránsito a cosa juzgada y le impide volver a formular su demanda, como quiera que enerva definitivamente toda pretensión del demandante, además de que resultó condenado a pagar las costas causadas en ambas instancias.

Se pone entonces de manifiesto, prosigue el recurrente, que la sentencia de segunda instancia hizo más gravosa la situación del único apelante, con claro

desconocimiento de lo preceptuado por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, pues "si la parte demandante no hubiera apelado, y esta es la prueba incontrovertible de la afectación sufrida con la sentencia del Tribunal de Cartagena, de que se hizo más gravosa la situación de la parte que apeló", como dice el artículo 368, número 4, el fallo de primera instancia la sentencia inhibitoria estaría en firme, el demandante habría podido formular otra demanda pues su derecho aún no había sido resuelto y no tendría que pagar costas, de ahí que lo máximo que ha podido hacer el Tribunal de Cartagena era confirmar el fallo apelado haciendo la correspondiente rectificación doctrinaria en caso de llegar a considerar que el juzgado de primera se equivocó en sus argumentaciones, pero sin poder ir más allá en lo que a agravación de las circunstancias del apelante único concierne, pues es lo cierto que el Tribunal tiene razón acerca de que el juzgado se equivocó al confundir la capacidad para ser parte con la legitimación de la causa lo cual ha podido, se insiste, rectificar en la parte motiva pero sin alterar el contenido del fallo por estarle expresamente vedado hacerlo debido a la restricción que a su labor le impone el principio que no acató y que consagra el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil".

*Se considera:*

1. *Reiteradamente ha dicho la Corte que la competencia funcional en el sentenciador de segundo grado, originada por el recurso de apelación que se propuso contra el fallo pronunciado por el juez de primera instancia, unas veces es panorámica o lo suficientemente extensa comoquiera que le permite la revisión total de lo decidido por el a quo y, otras veces, es restringida con motivo de principios que rigen la alzada, como el de la reformatio in pejus. Este, que se presenta con claro respaldo legal en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, consiste en que el recurso de "apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones" (Casación 4 de julio de 1979).*

2. *Por tanto, el fenómeno procesal de la reformatio in pejus, que se traduce en un principio negativo, por cuanto le prohíbe al juez ad quem modificar la providencia apelada en detrimento del recurrente, cuando la contraparte no ha apelado ni adherido a la apelación, requiere para su configuración la concurrencia de las siguientes condiciones: a) Vencimiento parcial de un litigante; b) Que sólo una parte apele; c) Que la modificación del fallo de segunda instancia conlleve empeoramiento para el recurrente único, y, d) Que la reforma no se apoye en puntos íntimamente ligados con ella.*

3. *Mas, como también ya se ha dicho por esta corporación, el principio de la reformatio in pejus no sólo constituye una limitación a los poderes de decisión del sentenciador ad quem, sino también una restricción por el objeto mismo sobre el cual versa el recurso de alzada, o sea sobre la sujeta materia de la apelación. El sentenciador de segundo grado no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso formulado, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que al efecto no tiene*

competencia, comoquiera que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque, a menos que el recurrente exprese "categóricamente su voluntad en contrario, combatiendo por ilegal la solución que le favorece", pues entonces no existe limitación para resolver el recurso, "porque en tal caso desaparece su fundamento, que no es otro que una presunta interpretación de la voluntad de quien recurre" (Cas. 17 de marzo de 1951, LXIX, 363 y 4 de julio de 1979, ya citada).

Por eso desde vieja data y en vigencia del derogado Código Judicial, la Corte puntualizó que "la *reformatio in pejus* producida cuando existen los presupuestos procesales, conduce a través del artículo 494 del C.J., que la prohíbe, a configurar la causal de nulidad establecida en el ordinal 1o. del 448, porque el superior no tiene jurisdicción competente sobre puntos que escapan a la sujeta materia de la alzada (Cas. 17 de julio de 1954, LXXVIII, pág. 85).

4. Por consiguiente, si el fallador de primera instancia no decide el litigio sometido a su composición sino que se inhibe, y contra esta determinación únicamente apela el demandante, o sea que respecto de la inhibición no hubo recurso por el demandado sino consentimiento a lo así sentenciado, no hay duda acerca de que el objeto propio de la alzada quedó reducido exclusivamente a la resolución adversa al apelante y dentro de ese campo de competencia debe extenderse la actividad del ad quem, para no desbordar su ámbito de competencia funcional.

5. Parangonado en el caso sub-examine el contenido y alcance de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia con el de la de segunda, se advierte fácilmente que el Tribunal al decidir el recurso de alzada indiscutiblemente hizo más gravosa la situación del demandante, apelante único, pues mientras que al amparo de la decisión del *a quo* disponía de la posibilidad de intentar nuevamente la acción frustrada con fundamento en los mismos hechos y frente a la misma sociedad, sin que hubiera sido condenado a pagar costas procesales por su fallido intento, con la del *ad quem* se clausura esa posibilidad, como quiera que el litigio le fue resuelto definitivamente de manera adversa a sus pretensiones, y además fue condenado a pagar las costas procesales en ambas instancias, cuando su recurso de apelación contra el fallo inhibitorio sólo tenía por finalidad que se revocara y en su lugar "se condene a la empresa demandada al pago de los perjuicios causados al demandante" (Folio 68, cuaderno número 2).

6. Hay que aceptar, por consiguiente, que el sentenciador *ad quem* al revocar la sentencia de primer grado y proferir la suya en el sentido anotado, incurrió en una reforma perjudicial para el demandante, por cuanto agravó la situación inicial del apelante único, que al interponer el recurso de apelación no sólo perseguía que la sentencia del *a quo* se revocara, sino que además se decidiera la cuestión de fondo de manera favorable a sus aspiraciones, finalidad que delimitaba claramente el ámbito de la competencia funcional del Tribunal.

7. De tal suerte, la sentencia del Tribunal quebrantó el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*; y como consecuencia de la prosperidad del cargo, que desquicia la totalidad de su parte resolutive, se casará. Pero antes de proferir la sentencia que ha de sustituirla, la Corte, con apoyo en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, decretará de oficio la práctica de la prueba documental que más adelante se puntualizará.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida el 7 de mayo de 1985 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Sin costas en el recurso de casación.

De oficio decretase la incorporación de copia auténtica de la escritura número 1315 de 31 de agosto de 1978 de la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena que contiene la compraventa otorgada por la gobernación del Departamento de Bolívar a Hernán Ortega Pérez, la que deberá aducirse con la correspondiente nota de registro de la Oficina de Instrumentos Públicos respectiva y que se expedirá a costa de las partes.

Líbrese el oficio respectivo a la precitada notaría.

Cópiese y notifíquese.

*José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Eduardo García Sarmiento, Héctor Martín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Inés Galvis de Benavides*  
Secretaria

## SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

**Las condiciones de afecto o de trato entre personas no vinculadas por el matrimonio, no sirven para constituir ninguna clase de asociación de carácter económico. Pero ello no les impide celebrar cualquier género de convenciones. Requisitos para la admisibilidad de la sociedad de hecho.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., seis (6) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de marzo de 1986 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, dictada en el proceso ordinario de Eduvina Agudelo de Molina contra Evangelista Castillo Varón.

### I. ANTECEDENTES

Por demanda presentada el día 10 de abril de 1981, la cual fue posteriormente reformada y adicionada, pidió la demandante que se declarara con audiencia del demandado, que entre éste y la primera existió sociedad de hecho sobre los establecimientos de comercio "La Favorita" y "Almacén para el Hogar", desde su apertura hasta su cierre.

Que como consecuencia se declare que la actora tiene derecho al 50% de las utilidades de la sociedad.

Igualmente, que se encuentran afectos al patrimonio de la sociedad cinco bienes inmuebles que por su nomenclatura y número de matrícula describe la demanda.

Los supuestos fácticos, base de las pretensiones, se resumen así:

Que demandante y demandado se unieron en concubinato desde finales de 1960 fruto del cual procrearon tres hijos.

Que al poco tiempo de iniciado el concubinato emprendieron actividad económica fabricando colchones de algodón, en la misma casa de habitación, en la cual

correspondía a la actora “cordonar y coser los colchones de algodón en el suelo”. En 1964 contrataron una empleada y montaron en otra casa un establecimiento comercial que llamaron “La Favorita”. En éste, la demandante se entendía con las empleadas, revisaba su tarea; mientras el demandado se encargaba del mercadeo, ventas y adquisición de materia prima.

En la forma dicha procrearon hijos y acrecentaron el capital con esfuerzo común, lo cual trajo como resultado un nuevo establecimiento de comercio “Almacén para el Hogar”, el cual funcionó desde 1975 hasta 1978, fecha en la cual se liquidó y se reconoció a la demandante como participación la suma de cincuenta mil pesos.

El demandado contestó la demanda en la cual se opuso a las pretensiones, negó los hechos que la sustentan, salvo el de aceptar que estaba casado con otra mujer, de la cual no se hallaba separado.

Aceptó igualmente la existencia de relación amorosa, la procreación de hijos comunes, pero afirmó que la demandante se ocupaba de los oficios domésticos y del cuidado de los hijos, nunca de la actividad económica.

El *a quo*, Juzgado 1º Civil del Circuito de Neiva, en su oportunidad profirió sentencia de primera instancia mediante la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la actora.

La decisión anterior fue recurrida en apelación, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, quien al resolver la segunda instancia, según sentencia de 3 de marzo de 1986, confirmó la sentencia del *a quo*, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares y condenó en costas a la actora. La providencia del *ad quem*, fue recurrida por la demandante en casación.

## II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal se remonta al aspecto histórico del concubinato, e invocando a Federico Engels, dice que precedió al matrimonio luego de los apareamientos instintivos y momentáneos, y “el amañamiento temporal”. Agrega, luego, que el tratamiento jurídico en el sistema jurídico colombiano ha sido lento y desigual frente a la tutela de los derechos de la concubina.

Después de transcribir la sentencia de 10 de septiembre de 1984 proferida por la Corte sobre sociedad de hecho entre concubinos, proferida en el proceso de Ana Rita López viuda de Gómez contra herederos de José Gómez Castaño, concluye, para confirmar la sentencia, que la actora no probó los elementos esenciales de “la conjunción de aportes comunes, la participación en las pérdidas y ganancias y, por sobre todo, el *affectio societatis*”.

## III. LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

Se acusa la sentencia de Tribunal Superior de Neiva, por violación directa de los artículos 140, 396, 1741, 1742, 1820; Ley 75 de 1968, artículo 9, Decreto número 2158 de 1970 subrogatorio del artículo 105 del Decreto número 1260 de 1970; Ley 1ª

de 1976, artículo 25, subrogatorio del artículo 1820 del Código Civil y artículo 2° de la Ley 50 de 1936, subrogatorio del artículo 1742 del C.C. por falta de aplicación.

Comienza el casacionista con explicar lo que es el concubinato, sus antecedentes y lo que es el matrimonio, para sostener que la única diferencia entre uno y otro es la solemnidad.

Y sobre esas reflexiones afirma:

“Dicho todo lo anterior, y siendo así que el Tribunal encontró probado el concubinato estable entre la demandante Eduvina y el demandado Evangelista, como claramente lo expresó, o sea que estimó probada la posesión notoria del estado de matrimonio, por haber durado más de diez años (legalmente hoy sólo serían necesarios cinco años según el art. 9° de la Ley 75 de 1968), ha debido darle a ese estado civil el tratamiento de tal, ordenando su registro ante las autoridades encargadas de llevar del registro del estado civil de las personas (art. 9°, inciso 3° del Decreto número 2158 de 1970, modificatorio del artículo 105 del Decreto número 1260 de 1970). Como lo anterior es incuestionable no necesito explayarme en explicaciones que serían a todas luces innecesarias”.

Enseguida aborda el tema de los alcances del concubinato para decir que es un matrimonio nulo, porque “le faltan las solemnidades”. Asevera, que no se puede confundir la nulidad con la inexistencia, porque, en el fondo, se deben analizar esos institutos a la luz de la normatividad del Título XX del Libro Cuarto del Código Civil, especialmente de la preceptiva del artículo 1741, para lo cual transcribe la parte pertinente.

Insiste en que la falta de solemnidad del matrimonio, como ocurre en el concubinato, no genera inexistencia sino nulidad, “el negocio jurídico nulo, —prosigue el censor—, produce efectos hasta tanto la nulidad no sea declarada judicialmente. Luego si el matrimonio es nulo y además sin efecto es porque el caso específico del matrimonio no se aplica al Título XX sino el artículo 140, que consagra la figura de la inexistencia, que es aquella según la cual el hecho inexistente, a diferencia del nulo, no produce efecto alguno”. Empero, contrariando estas conclusiones dice: “Si analizamos un poco más a fondo el mentado artículo 140 encontramos que en referencia con la falta de las formalidades consistentes en que se celebre ante el juez y los testigos competentes, el artículo 140 decía: ‘El matrimonio civil es nulo y sin efecto en los casos siguientes: ... 4°) Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes’. Ese numeral 4° fue expresamente derogado por el artículo 45 de la Ley 57 de 1887. Empero, la misma ley que lo derogó expresamente en su artículo 45 lo subrogó por el numeral 1° del artículo 13, que es el del siguiente tenor: ‘El matrimonio civil es nulo: 1°) Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes’. El texto de las dos causales, la del numeral 4° del artículo 140, expresamente derogado y la del numeral 1° del artículo 13 de la Ley 57 de 1887 son exactamente iguales. A menos que se acepte que el legislador es un orante esa extraña identidad debe tener alguna razón de ser. ¿Cuál? La diferencia no está en la causal propiamente dicha sino en el exordio de los dos artículos, el 140 del Código y el 13 de la Ley. En efecto, reza el del 140: ‘El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: ...’. Y el del 13: ‘El matrimonio civil es nulo: ...’. El segundo exordio tiene algo de más y algo de menos. Tiene de más el calificativo de civil que el 13 le da al

matrimonio, con lo cual excluye todos los fenómenos planteados al sacramento del matrimonio católico y al pecado del concubinato. Y tiene de menos la frase 'y sin efecto', con lo cual desaparece por la expresa voluntad del legislador el argumento de la inexistencia que fue expuesto con anterioridad. La explicación de la aparentemente rara conducta del legislador al derogar una causal y en la misma ley reproducirla idéntica, tiene como explicación lógica la supresión de esa ambigua expresión 'y sin efecto' que se presta a tantas divagaciones.

"Si, pues, la falta de solemnidades es apenas una nulidad y en ningún caso inexistencia, es lo cierto que el juez debe declararla de oficio, pues se trata de una nulidad absoluta (art. 1741 del Código Civil).

"Ahora bien, si el concubinato es un matrimonio nulo por falta de solemnidades, es necesario aplicar el artículo 1820 del Código Civil, subrogado por el 25 de la Ley 1ª de 1936, según el cual la sociedad conyugal se disuelve por la nulidad del matrimonio. Pues bien, si el concubinato es un matrimonio nulo, produce efectos, uno de los cuales es crear sociedad conyugal, que solamente se disuelve cuando se declara la nulidad".

Y remata:

"Con fundamento en todas las razones que dejo expuestas solicito se declare que el Tribunal dejó de aplicar todas las normas que dejo analizadas, pues partiendo del hecho probado de que hubo concubinato era necesario darle el tratamiento de un matrimonio por comportamiento afectado de nulidad absoluta, la cual debe ser declarada de oficio por la Corte. Hecho lo cual por mandato del artículo 1820 del C.C. queda disuelta la sociedad conyugal, que por tanto debe liquidarse, que es lo pedido en la demanda.

"He optado por la vía directa en la causal primera porque como es obvio, los hechos o sea el concubinato están probados. En lo que se discrepa es en las consecuencias jurídicas de tal concubinato, que no son otras que las planteadas en la presente demanda de casación".

La Corte *observa*:

No hay duda que la controversia está situada alrededor de una sociedad de hecho, es decir, del esfuerzo de dos personas para lograr beneficios mediante un interés social y con el propósito de repartirse las utilidades. No otra cosa se puede entender del debate planteado por la demandante cuando en el escrito introductorio pide que se declare que entre las partes intervinientes "existió", desde la fecha en que fueron abiertos y hasta su cierre definitivo, sociedad de hecho sobre los establecimientos de comercio "La Favorita" y "para el Hogar", así como de las restantes peticiones declarativas. Además los hechos, sobre los cuales apoya la causa *petendi*, también son elocuentes de la posición de la demandante.

Tanto el *a quo*, como el Tribunal, trazados los conceptos en los términos apuntados, concluyeron que al no darse la prueba del interés de asociación no podía prosperar la pretensión de declaratoria de la sociedad de hecho por faltar ese supuesto indispensable para su reconocimiento.

*Y es que la relación entre concubinos no puede por sí sola servir de soporte para reconocer una sociedad de hecho. Las condiciones de afecto o de trato entre personas no vinculadas por el matrimonio, no sirven para constituir ninguna clase de asociación de carácter económico, puesto que la existente de ese modo de vida no permite alcanzar efectos jurídicos patrimoniales a manera de sociedad de hecho, no obstante que el ordenamiento patrio ha venido concediendo beneficios o efectos a situaciones de hecho entre compañeros permanentes, pero son particulares, entre las que no se admite esta modalidad asociativa, por exclusión de propósitos.*

*Si lo que inspira a los tratantes es el concubinato, ninguna posibilidad de alcanzar de esa relación consecuencias patrimoniales propias de una sociedad fáctica. Por eso ha dicho esta corporación:*

*“Ahora bien, dentro del desenvolvimiento de la vida de los concubinos, puede acontecer que sólo se limiten a depararse atenciones o afectos recíprocos, sin desbordar su actividad al campo patrimonial, como también puede suceder que paralelamente a su vida afectiva adquieran bienes con el objeto de especular y repartir sus beneficios, ora mediante la constitución de una sociedad regular, bien mediante el surgimiento de una sociedad de hecho, puesto que la legislación positiva no les impide lo uno ni lo otro, y menos los inhabilita para celebrar otro género de convenciones. “Entre los concubinos —dice la jurisprudencia de la Corte— no se forma sociedad conyugal, pero sí puede constituirse una compañía de carácter lucrativo, civil o comercial, regular o de hecho y celebrarse toda clase de contratos, porque ellos no están unidos por un vínculo legalmente incompatible con esas convenciones y porque, como personas jurídicamente independientes gozan de libertad para concertar esos mismos contratos sobre cualquier clase de bienes, raíces o muebles” (Cas. Civ. de 5 de noviembre de 1960, XCIV, 36).*

*“Mas, para que sea admisible la sociedad de hecho entre concubinos se requiere, fuera de la conjunción de aportes comunes, participación en las pérdidas y ganancias y el affectio societatis, que surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues en su defecto el contrato estaría afectado de nulidad, por ilicitud de causa, en razón de su móvil determinante” (Sentencia de 10 de septiembre de 1984).*

Si el Tribunal entendió y dentro de su actividad concluyó que no está probado uno de los factores atinentes a la aceptación de la sociedad de hecho, la simple consideración de concubinos no le permite abrir paso a una pretensión como la alegada por la demandante.

Entonces, no se puede convenir en quebranto de las normas sustanciales que regulan la materia de las sociedades de hecho ni de las pertinentes al matrimonio ni a las de las nulidades como lo denuncia el recurrente, puesto que el Tribunal no encontró dentro del ámbito propio de la controversia o del litigio, la prueba de uno de los supuestos indispensables para convenir en esta clase de sociedad, particularmente si no ha sido combatida esta conclusión del sentenciador de segundo grado.

La crítica impugnatoria no tiene lugar atendidos los aspectos del debate, de su desarrollo, del marco impuesto por la misma actora; entonces, no es dable admitir ahora, por otro camino, que se enjuicie la sentencia, ya que la nulidad alegada en casación por el recurrente en ningún momento fue planteada en el proceso.

Vale decir, la cuestión que se sometió a la actividad de los juzgadores tiene un marco de decisión muy preciso: la existencia de una sociedad fáctica; las referencias a la existencia del concubinato no destacan el punto central de la controversia, de suerte que el reconocimiento hecho por el demandado sobre el particular no puede ahora fundamentar un reclamo en torno a una supuesta nulidad. Este punto se convierte, por tanto, en extremo no discutido en el proceso y ante el cual no pudo aportar ninguna postura de defensa el demandado. La vía escogida por la actora tenía señalada su perspectiva controversial, la que no puede ser ampliada en casación.

Entonces, no pudo incurrir el Tribunal en infracción de los textos sustanciales acusados por el impugnante, puesto que en parte alguna de las instancias se planteó el asunto. Su actividad se ajustó a los aspectos de interés propuestos por la demandante. Si el *ad quem* vio el concubinato, no lo apreció como factor de una relación atinente al matrimonio, sino como excluyente, por sí solo, de la sociedad de hecho alegada por la demandante. Entonces, el hecho del concubinato no puede abrir la puerta en casación para mostrar inconformidad con el fallo sobre tema no discutido ante el Tribunal. No se vislumbra, pues, desacierto alguno.

#### 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 3 de marzo de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario adelantado por Éduvina Agudelo de Molina contra Evangelista Castillo Varón.

Costas a cargo del recurrente tásense.

Cópiese, notifíquese, publíquese 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

**El sentenciador al decidir, sólo puede tener en cuenta la causal o causales expresamente alegadas en la demanda con sus fundamentos de hecho, y no otras, aún demostradas dentro del proceso. Posesión notoria del estado de hijo, su prueba.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Héctor Gómez Uribe*.

Bogotá, D. E., 11 de febrero de 1987.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de octubre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario promovido por Tito Nicolás Cadena, contra Nicolás Liévano Aguirre, en carácter éste de heredero de Indalecio Liévano Aguirre.

### I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, el demandante convocó a proceso a Nicolás Liévano Aguirre como heredero de Indalecio Liévano Aguirre, con el fin de obtener el reconocimiento de hijo natural de éste y consecuentemente la correspondiente vocación hereditaria.

2. Como causa *petendi* se dijo lo siguiente:

a) Que él, Tito Nicolás Cadena, hijo de Concepción Cadena Duarte, nació en Sasaima (Cundinamarca) el 9 de mayo de 1940, siendo su padre natural Indalecio Liévano Aguirre, fallecido el 29 de marzo de 1982 en Bogotá donde fue abierto el proceso sucesorio en el cual se reconoció como heredero a su hermano legítimo Nicolás Liévano Aguirre;

b) Que por el comportamiento de los padres del demandado de éste y del presunto padre con el demandante y una hermana de éste, también hija natural de aquél, para las personas que los conocieron era un hecho indiscutible la paternidad impetrada como, en efecto, se demuestra con el trato de nietos que sus abuelos,

Nicolás Liévano Danies y Emilia Aguirre de Liévano dieron a Tito Nicolás y Leticia Cadena, “relación de parentesco que respetaron por medio de la educación, la vida común, la orientación permanente, la confidencia y la indeficiente compañía durante decenios enteros de la existencia”;

c) Que a pesar de la poca atención que el doctor Indalecio tuvo con los gastos de sus hijos naturales, como hombre metódico y austero en el vivir, y del distanciamiento de ellos, “al cual le obligaban sus múltiples compromisos de hombre público”, siempre estuvo pendiente de su crianza y desarrollo, “y en diversas oportunidades manifestó su intención de algún día ‘arreglar a los muchachos’ o en otras palabras, de reconocerlos como hijos naturales”;

d) Que el tratamiento de hijos naturales dado por Indalecio Liévano Aguirre a Tito Nicolás y Leticia, y en especial el de su familia, fue notorio, público y continuo, hasta el punto de que amigos, parientes, allegados y servidores de la misma familia así lo han reconocido “por un espacio superior a 40 años”, es decir, desde el nacimiento del demandante hasta el fallecimiento de su presunto padre;

e) Que “Tito Nicolás Cadena es hijo natural de Indalecio Liévano Aguirre, toda vez que aquél se encuentra respecto de éste bajo las condiciones establecidas por el ordinal 6° del artículo 6° y los artículos 9° y 10 de la Ley 75 de 1968”.

3. En la contestación al libelo, el demandado se opuso a las pretensiones del actor, negando los hechos en que éste las fundamentó.

4. Una vez tramitada la primera instancia, el juez del conocimiento le puso fin con sentencia del 28 de mayo de 1985, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

5. En apelación subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que en fallo del 18 de octubre de 1985 confirmó lo resuelto por el inferior y condenó en costas al apelante.

Contra lo decidido, el demandante interpuso recurso de casación que ahora la Corte procede a resolver.

## II. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

1. Luego de verificar que los presupuestos procesales están satisfechos y que no existe impedimento material o formal que conduzca a la nulidad del proceso o a una sentencia inhibitoria, pasa el Tribunal a precisar que el pretendido reconocimiento judicial de hijo extramatrimonial del demandante frente al hermano legítimo del presunto padre, se fundamenta en la causal prevista por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, o sea la que se refiere a la posesión notoria de hijo natural de Tito Nicolás Cadena con respecto a Indalecio Liévano Aguirre, sin que se hubiera invocado otra diferente.

En consecuencia, dice el *ad quem*, no se puede concluir, como lo pretende el apelante, que al lado de la posesión notoria se hubiera invocado la existencia de relaciones sexuales entre la madre natural y el presunto padre, como lo autoriza el numeral 4° del artículo 6° de la citada Ley 75 de 1968. Esta causal implica hechos

sustanciales que le son propios y que la diferencian de las más, permitiendo, de estar probada con independencia de otras, el reconocimiento judicial de la paternidad. Así que el juzgador no puede tenerla en cuenta oficiosamente para tal resultado sin incurrir en una sentencia incongruente.

2. Más adelante se refiere el fallador a la causal del numeral 6° de la ley en comento, para concretar su significado en el sentido de que representa “el reconocimiento tácito de paternidad natural en virtud de un trato permanente, continuo y reiterado de una persona a otra. En forma que socialmente objetivizado refleja la conciencia colectiva de él entre los relacionados y amigos del hijo y el pretense padre extramatrimonial”, por lo cual el trato, la fama y la permanencia constituyen los tres elementos constitutivos de la posesión notoria de hijo natural. Requiere la ley que ésta se demuestre por un término no menor de cinco años, en que el padre haya proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, y “en que los deudos y amigos de aquél o el vecindario del domicilio en general a éste, lo hubiesen tenido como tal a virtud de dicho tratamiento”.

3. En seguida el Tribunal transcribe jurisprudencias de la Corte, según las cuales, si para acreditar dicha posesión no basta la estimación conceptual de los testigos, tampoco se requiere la concurrencia integral de ese trato paterno, para luego entrar a analizar las declaraciones de los testigos con que el demandante intentó demostrar la causal invocada que se dejó vista.

4. Con este fin, el *ad quem* relata y transcribe apartes de los testimonios de Blanca Cecilia Perilla Cárdenas, Horacio Franco Arango, María Ruth Cadena de Rojas, María Teresa Cadena de Galeano, Manuel Castro Guevara y José Antonio Gavilán, personas que por haber conocido al pretense padre Indalecio Liévano Aguirre y a su familia en distintas circunstancias, dan cuenta de la estrecha relación que existía entre aquél y la madre del demandante y del cuidado que a éste y a su hermana Leticia Cadena daban los padres del citado Indalecio para atender a su crianza y educación, en veces con dineros que éste enviaba del exterior. Sin embargo, dice el fallador, en tales declaraciones no aparece probada la posesión notoria de hijo natural que se adujo como fundamento de la paternidad pretendida.

5. En efecto, continúa diciendo, Blanca Cecilia Perilla Cárdenas y Horacio Franco Arango “se limitan a narrar un trato paterno filial, pero sucedido en la intimidad de la familia Liévano y ante los mismos deponentes, aunque agreguen que Indalecio Liévano Aguirre le entregaba personalmente dineros a Tito Nicolás Cadena a través de cartas y por intermedio de la progenitora de aquél, ‘para que le comprara ropa y le pagara la educación’. Los dos no constituyen el conjunto testimonial legalmente indispensable para fijar probatoriamente la posesión notoria en estudio, y, dado el carácter de privacidad ya anotado, es palmar que no tienen la trascendencia social que es menester para la notoriedad de hijo natural”.

Por lo demás, precisa el Tribunal, que la entrega de dichos dineros no evidencian que con ésta el presunto padre “estuviese comprometiéndose con la educación y el sostenimiento de Tito Nicolás Cadena, como lo afirma el segundo de los declarantes referidos, el que, por otra parte, se contradice con los testimonios de otros declarantes que manifestaron su apreciación íntima de que Indalecio Liévano Aguirre ‘nunca asumió dichas responsabilidades’ ”.

6. Recuerda el fallador que los dos declarantes coinciden al referirse a las confesiones —verbales y por carta— de Indalecio sobre la paternidad natural que se impetra, en que les manifestó su deseo de tener en cuenta la paternidad que se reclama en su testamento y “arreglar lo de la legitimidad” de Tito Nicolás y Leticia Cadena.

Y a pesar de que tales declaraciones, formalmente consideradas, podrían representar confesión extrajudicial del presunto padre sobre la filiación que se pretende, aún en el caso de aceptarse, no alcanzaría la notoriedad social requerida por la causal invocada en el libelo; y como tampoco se alegó la confesión consagrada en el numeral 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 como causa del reconocimiento judicial de paternidad, “desde este punto de vista es insuficiente para probar la posesión notoria de hijo natural”.

7. Además, dice en seguida el Tribunal, los testigos a que se hizo referencia coinciden en declarar que Indalecio Liévano Aguirre nunca se interesó por la formación moral y material del demandante, no lo introdujo socialmente —trato— “como su hijo extramatrimonial cuya fama y permanencia, con ese carácter, por sustracción de materia no evidencian los autos”.

Y aún aceptando, manifiesta a continuación el sentenciador, que Emilia Aguirre de Liévano y Nicolás Liévano Danies hubieran dado un trato preferencial a Tito Nicolás Cadena, atendiendo en parte a su sostenimiento y educación, hecho no acreditado inequívocamente, y que la primera lo hubiera reconocido como nieto suyo, como quiera que esta conducta no fue observada directamente por el presunto padre natural, no se configura la causal 6ª memorada, pues no se dieron los requisitos legales consagrados para el efecto.

8. Agrega, a lo dicho, que Virginia Buitrago de Osorio, Isabel González de Guzmán, Germán Rodríguez, Jorge Guzmán Agudelo, Irene Madero viuda de Ayala, Alfonso Gaviria Restrepo, Jorge Osorio Gil, Cecilia Valderrama viuda de Fernández de Soto, Rafael Peña, Juanita de Bedout de Fuentes, Monseñor Rafael Gómez Hoyos y Carlos Argáez Castillo, personas allegadas a la familia Liévano Aguirre, coinciden en declarar que conocieron a Concepción Cadena pero no a su hijo Tito Nicolás Cadena, “aquella como trabajadora en la finca y en la casa...” de la mencionada familia, la que tuvo varios hijos, pero nunca oyeron el rumor de que el actor fuera hijo de Indalecio Liévano Aguirre.

Como conclusión de lo dicho, el Tribunal confirma la sentencia del *a quo*, por cuanto encontró que no estaba probada la posesión notoria en que se basó la pretensión del demandante.

### III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

En el ámbito de la causal primera de casación, formula el recurrente un solo cargo contra la sentencia, el cual procede la Corte a despachar.

#### *Cargo único.*

1. Por quebranto indirecto de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 92, 1321 y 1323 del C.C. 6º y 8º de la Ley 45 de 1936, 6º y 9º de la Ley 75 de

1968 y 4º de la Ley 29 de 1982, se acusa el fallo de segunda instancia, debido a los errores de hecho en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda y en la apreciación de varias de las pruebas allegadas al proceso.

2. En la demostración de la censura comienza el impugnante por concretar dichos errores en tres puntos: a) Haber considerado que la acción incoada por el demandante estaba solamente fundada en la causal 6ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, sin que, por vía interpretativa de la demanda hubiera visto “que también se englobaron todas las causales establecidas por la ley para declarar la paternidad extramatrimonial de Indalecio Liévano Aguirre frente a su hijo Tito Nicolás”; b) En consecuencia, no haber tenido en cuenta que con la prueba testimonial se demostró inequívocamente que entre Concepción Cadena e Indalecio existieron relaciones sexuales de las cuales fue concebido y nació Tito, dentro de los términos establecidos por el artículo 92 del C.C., y c) No haber inferido de la misma prueba testimonial que se daban los requisitos legales necesarios para configurar la posesión notoria del estado de hijo natural del demandante.

3. En seguida pasa la recurrente a fundamentar en su orden las anteriores aseveraciones, para lo cual empieza por analizar la primera pretensión de la demanda, en la que al pedirse la declaración de paternidad “para todos los efectos legales”, debía entenderse que en la acción de filiación y petición de herencia se hallaban englobados todas las causales del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 y no solamente la consagrada en su numeral 6º.

Otro tanto afirma en relación con los hechos de la demanda, para cuyo efecto transcribe el quinto y el sexto, de los cuales deduce que las relaciones íntimas entre la madre del demandante y su pretense padre fueron también señaladas como causal de la paternidad impetrada.

Agrega la impugnante, que la omisión de citar las normas legales precisas no impedía al juez dar por ciertas dichas relaciones, ... “puesto que basta la solicitud en las pretensiones propiamente dichas, su mención de los hechos y su respaldo en las probanzas allegadas”.

4. En cuanto al segundo punto, expresa la censura que el Tribunal partió de una base equivocada, al considerar que sólo debían analizarse las pruebas en relación con la posesión notoria y no con las relaciones sexuales, incurriendo, por tanto, en el error de hecho que intenta demostrar con el estudio de las declaraciones de José Antonio Gavilán, María Teresa Cadena Galeano y Manuel Castro Guevara, de las cuales transcribe algunos pasajes.

5. Finalmente, la casacionista acusa de error de hecho al Tribunal por no haber visto que en las declaraciones de Horacio Franco Arango y Blanca Cecilia Perilla Cárdenas se daban los elementos de juicio suficientes para establecer la posesión notoria del estado de hijo natural de demandante, a través del trato que el presunto padre le diera por un espacio mayor de cinco años. A tal error llegó, dice, por no tener en cuenta que dicho presunto padre “... permaneció fuera del país más tiempo del que vivió en él, precisamente durante la época del desarrollo y crecimiento de su hijo Tito Nicolás, y que, por tal razón, las circunstancias de trato, fama y permanencia que exige la ley para configurar legalmente la causal comentada, se circunscribía (sic)

a las personas que permanentemente residían en la casa materna de Indalecio Léivano Aguirre o que la frecuentaban con asiduidad...”.

A continuación se refiere a los dichos de los testigos citados, con el fin de deducir la prueba que se propone demostrar como fundamento de la posesión notoria invocada en la demanda, para lo cual analiza algunos de sus apartes.

Para demostrar el cargo, la recurrente relaciona cada una de las normas sustanciales que estima violadas con las decisiones del Tribunal para demostrar los errores de hecho en la apreciación de las pruebas en que aquél habría incurrido.

#### SE CONSIDERA

*1. Seis causales de presunción de paternidad natural que dan lugar a que sea declarada judicialmente, consagra el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, cada una de las cuales es autónoma o independiente de las otras, con características especiales, por manera que quien intente la respectiva acción deberá citar exactamente la causal o causales en que fundamenta sus pretensiones y demostrar los hechos en que éstas se apoyan, puesto que el juzgador para fallar solamente podrá tener en cuenta los lineamientos que el demandante le haya señalado en su demanda y resulten probados, y no otros que, aunque también sean suficientes para establecer la veracidad de la situación planteada por aquél, no hayan sido aducidos en el libelo. De lo contrario, se estaría ante una sentencia que violaría el derecho de defensa que asiste al demandado, quien al ser sorprendido con argumentos o hechos no controvertidos dentro del proceso, resultaría vencido sin haber tenido la oportunidad de oponerse a ellos.*

*Al respecto, ha dicho esta corporación que: “a) En tratándose de demanda en que se pide la declaración de paternidad natural, el demandante está obligado a señalar en su libelo los hechos que, según la Ley 75 de 1968, son constitutivos de las distintas presunciones en que se funde la paternidad que demanda, pues si luego se demuestran los de una que no fue invocada en la demanda, el fallador no podrá... reconocer la paternidad, ya que, como lo tiene sentido la Corte, los hechos del libelo son los mojones que demarcan el campo del litigio e individualizan la pretensión, señalándole al demandado el preciso terreno al que se le cita...” (G. J. CXLVIII, pág. 11 y 12).*

*Tiénesse así que frente a las seis presunciones de paternidad natural puede el actor optar por una de ellas, por varias o por todas, delimitando el campo en que ha de desarrollarse la controversia, pero no será de recibo que luego pretenda obtener a su favor la respectiva declaración, con base en una que no ha invocado, alegando que ella surge de los hechos que quedaron demostrados en el litigio, lo cual, aún en el caso de ser cierto no le permite al fallador considerarla para acoger las pretensiones del actor.*

2. En el caso de que se trata estima la recurrente, que el Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, por no haber visto que el demandante no sólo había fundamentado sus pretensiones en la posesión notoria del estado de hijo natural, sino también en la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, dentro de los términos establecidos por el artículo 92 del C.C. presunción que, al igual que la anterior, contra lo decidido en la sentencia impugnada, resultó demostrada mediante la prueba testimonial.

3. Del estudio del libelo es evidente que su contenido solamente se refiere a la posesión notoria del estado de hijo natural de Tito Nicolás Cadena, con respecto a Indalecio Liévano Aguirre y no a las relaciones íntimas del segundo y la madre natural Concepción Cadena Duarte, razón por la cual el *ad quem* no podía concluir que junto con la primera presunción aludida, consagrada por el numeral 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, se hubiera invocado la segunda del numeral 4° *ibidem*, como la pretende la recurrente al deducir esta última de la primera súplica y de los hechos quinto y sexto de la demanda.

4. *La prueba de la presunción consistente en la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre natural, en la época en que según el artículo 92 del C.C. pudo tener lugar la concepción del hijo que demanda la declaración judicial de la paternidad natural, debe establecer los hechos descritos en la norma, para lo cual tendrá que especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que dichas relaciones existieron, lo que podrá inferirse del trato personal y social entre tales padre y madre, teniendo en cuenta sus antecedentes y la continuidad, intimidad y naturaleza del mismo.*

Ninguno de estos requisitos cumple la demanda, puesto que ni en la primera pretensión ni en los hechos quinto y sexto se relatan los elementos constitutivos de la causal cuyo estudio echa de menos la censora.

En efecto, en la primera de las súplicas del libelo, en que se solicita la declaración de que Tito Nicolás Cadena “es hijo natural de Indalecio Liévano Aguirre para todos los efectos legales”, simplemente se enuncia el objeto de la acción y, por tanto, no puede sostenerse que en tal pedimento estén involucradas todas las causales de paternidad.

Del hecho quinto, se refiere cómo la trayectoria de la familia Liévano Aguirre “presenta una cadena de hechos que llevan a nivel práctico...” a establecer la paternidad impetrada, tampoco puede inferirse que la causal invocada haya sido las de las relaciones sexuales entre los citados padre y madre, ya que la generalidad de su texto no le permite al juzgador interpretar la demanda para deducir en cuál o cuáles de las presunciones de paternidad fundamenta el actor sus pretensiones. De ser así, no se ve cómo podría el demandado adelantar su defensa, quien, igual que el demandante goza de los mismos derechos para obtener la protección jurídica del Estado.

En cuanto al hecho sexto, en que se lee que la madre paseaba con los familiares del presunto padre a “...los hijos fruto de sus relaciones con este último...” nada se está precisando respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tales relaciones se realizaron.

Así, la vaguedad y generalidad de lo presentado en el libelo en los textos en comento, hacen imposible concluir lo que la recurrente afirma respecto de la causal de paternidad en mención, por lo cual no es preciso entrar en el estudio de los testimonios de José Antonio Gavilán, María Teresa Cadena y Manuel Castro Guevara, con que la impugnante pretende demostrar las relaciones sexuales habidas entre Concepción Cadena y el presunto padre natural, las que, aún en el caso de resultar probadas, no podrían tenerse en cuenta por las razones expuestas.

A lo anterior se agrega que, con fundamentos de derecho, solamente se citaron el ordinal 6° del artículo 6° y los artículos 9° y 10 de la Ley 75 de 1968, es decir, los que se refieren a la posesión notoria del estado de hijo natural.

5. De acuerdo con el artículo 6° de la Ley 45 de 1936, dicha posesión consiste en que el padre haya tratado al hijo natural como tal, suministrándole lo necesario para su subsistencia, educación y establecimiento y en que por este trato los deudos y amigos y el vecindario del domicilio, en general, lo hayan reputado como hijo de tal padre, o sea que las relaciones entre éstos hayan sido públicas y notorias frente a las personas que los conocen y rodean, lo que, a su vez, deberá estar respaldado por el cumplimiento de las obligaciones económicas del presunto padre hacia el hijo. Dice además el artículo 9° de la Ley 75 de 1968, que reformó el 398 del C.C. que para que la presunción de que se habla pueda tenerse como prueba del estado civil referido, "deberá haber durado cinco años continuos por lo menos".

De los textos citados se desprende entonces, que para establecer la posesión notoria del estado de hijo natural, deben reunirse varias condiciones, como son el trato, la fama o reputación y el tiempo, entendiéndose por tales la relación personal entre el padre y el hijo, la que debe ser conocida por los deudos, amigos y vecinos, en virtud de la atención que el primero da al segundo para su desarrollo integral en forma continua y permanente, la convicción que aquéllos tienen de la paternidad del hijo por la conducta del presunto padre y que esas circunstancias se den durante un lapso de cinco años por lo menos.

Para probar la posesión notoria del estado civil, dice el artículo 399 del C.C. aplicable a la presunción de paternidad natural, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, se requiere "un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable", lo cual, según la recurrente se cumplió con las declaraciones de dos testigos citados, cuyo contenido, en sentir de la misma, no fue debidamente apreciado por el Tribunal.

Es indudablemente entendible que siendo el estado civil de las personas, cuestión que atañe al orden público desde cuando el legislador en el artículo 397 del C.C. precisó el contenido de la posesión notoria del estado de hijo legítimo y la consagró en el artículo 398 ibidem como medio para demostrar tal estado, hubiera exigido una prueba estricta que lo estableciera de una manera plena, cierta o "irrefragable", como se lee en el artículo 399 de la obra citada.

En virtud de que posteriormente la Ley 45 de 1936 en su artículo 4°, numeral 5° y después el artículo 6°, numeral 6° de la Ley 75 de 1968, consagró como presunción de paternidad natural dicha posesión notoria de hijo, para ser declarada judicialmente la prueba para acreditar la filiación legítima se hizo extensiva para establecer la natural como lo ha sostenido la Corte, de tal manera que el tratamiento, la fama y la reputación de que habla el artículo 6° de la Ley 45 precitada, deben ser demostrados con un conjunto de testimonios fidedignos y concurrentes que la acrediten plenamente, esto es, que no deje duda al juzgador.

En cuanto a los elementos constitutivos de la posesión notoria, no es necesario que cada una de las pruebas que se alleguen al proceso para demostrarlos versen sobre todos ellos, ni tampoco abarquen toda la duración que la ley exige para configurar la

causal, o sea de cinco años, según hoy lo dispone el artículo 9º de la Ley 75 de 1968. En sentencia anterior a esta norma, concreta la Corte ese criterio aún vigente así: "La aludida concurrencia de factores no exige, sin embargo, que cada una de las pruebas... tenga que versar a un mismo tiempo sobre el tratamiento, la fama y el nombre ni que tampoco abarquen los diez años de duración mínima que exige el artículo 398 del Código Civil. Basta... que los testimonios sean de 'diversidad acumulativa convergentes a demostrar una situación dada... para encontrar el conjunto probatorio de que habla el artículo 399'. Así, unas pruebas pueden acreditar la fama y otras distintas el tractus; si se trata de la testimonial, unos testigos pueden deponer sobre lo que percibieron durante un período determinado inferior a los diez años y otros sobre un tiempo distinto, ulterior o anterior, con tal que cada uno de los períodos aparezcan demostrados con un conjunto de testimonios que, por no existir entre tales períodos, intermitencias o soluciones de continuidad, puedan ser ellos sumados para obtener el decenio—hoy quinquenio— indispensable" (Casación Civil, 3 de julio de 1967, G. J. CXXXI, pág. 114).

6. A intento de demostrar que la posesión notoria del estado de hijo natural del demandante fue establecida en el proceso, se citan en la censura los testimonios de Horacio Franco Arango y Blanca Cecilia Perilla Cárdenas, respecto de cuya apreciación se acusa al *ad quem* de error de hecho en que según la impugnante, "... se originó en no tener en cuenta que el presunto padre permaneció fuera del país más tiempo del que vivió en él ...", especialmente la época de formación del hijo Tito Nicolás Cadena, por lo cual las condiciones que la ley exige para establecer la posesión notoria de aquél han debido analizarse en relación con las personas "... que permanentemente residían en la casa paterna de Indalecio Liévano Aguirre o que la frecuentaban con asiduidad ...", como ocurre con los testigos precitados.

Esta sola afirmación sería suficiente para rechazar el cargo que por tal aspecto se le hace al fallo recurrido, puesto que, como se dejó dicho, la posesión notoria para establecer la filiación natural, únicamente puede deducirse de las relaciones personales y sociales que hayan existido entre el hijo, cuya declaración de paternidad se pretende y su presunto padre, y no entre aquél y los familiares y amigos de éste (art. 6 de la Ley 45 de 1936).

7. Además, no asiste razón tampoco a la recurrente cuando pretende que con sólo las declaraciones de Horacio Franco Arango y Blanca Cecilia Perilla Cárdenas, se demostró dicha posesión porque como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, cuando se trata de estimar la prueba sobre la cual se aspira a tener por acreditado por notoriedad un determinado estado civil, para el caso el de hijo natural, el criterio que ha de guiar al juzgador en la valoración de los elementos de convicción, ha de ser muy estricto.

Al respecto ha precisado con reiteración esta entidad:

*La ley (C.C. art. 399) requiere que la posesión notoria del estado civil se pruebe 'por un conjunto de testimonios fidedignos', con lo cual claramente está exigiendo una pluralidad más numerosa que la ordinaria, y que ellos 'la establezcan de un modo irrefragable', es decir, que no se pueda contrarrestar" (Sent. 21 de octubre de 1953, LXXVI, 636).*

*"Al darle el legislador a la posesión de estado civil el carácter de medio para establecer el respectivo estado, no podía hacerlo sin adoptar medidas precautelativas*

tendientes a evitar hasta el máximo cualquier posible abuso del sistema. Con este fin y teniendo en cuenta que la posesión de estado civil está integrada por hechos y que obviamente aquélla no puede darse por existente sino mediante la prueba de tales hechos, el legislador no dejó al libre arbitrio del juez y de los interesados la determinación de los hechos constitutivos de dicha posesión, ni quiso que la demostración de ellos quedara sujeta a las normas comunes sobre pruebas. Por el contrario se preocupó de un lado por señalar el rango o categoría de los hechos que para él podían configurar la posesión de estado, eligiendo los más significativos y protuberantes de los que dentro del respectivo estado civil podían producirse, disponiendo a la vez que la posesión representada por esos hechos debía tener una duración mínima y determinada; y de otros, esto es en cuanto a la prueba de esos hechos, por sentar mandatos especiales relativos a la singular fuerza de convicción de que ella debía estar dotada" (Sentencia del 27 de agosto de 1968. G. J. Tomo CXXIV, 278).

Desde luego que, también lo ha sostenido la doctrina de la Corte. "Por la naturaleza misma de los hechos que configuran la posesión notoria es lógico que la ley se haya referido de modo especial a la prueba de testigos la cual, sin embargo, no excluye de manera alguna otra clase de pruebas que sean pertinentes y legalmente eficaces para demostrar el trato y la fama y por ende para constituir el conjunto de testimonios 'sino que, antes, por el contrario, lo deseable es que la convicción del juez pueda tomarse no sólo a través de la prueba testimonial ...' sino también por otros medios que sean corroborantes del dicho de los testigos en esta forma, se logra el propósito del legislador, de que la posesión notoria del estado de hijo haya sido establecido de un modo irrefragable" (Sentencia del 1° de abril de 1971).

8. En consecuencia de lo expuesto, se concluye que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho indicados por la recurrente en su demanda, al concluir el análisis de los testimonios en mención que no se dan los requisitos necesarios para probar la posesión notoria del estado de hijo natural del demandante, puesto que, como se dejó visto, no evidencian la notoriedad social que dicha causal exige, sin que existan en el proceso otros medios probativos que los corroboren y suplan sus evidentes deficiencias.

El cargo por tanto, es impróspero.

#### DECISIÓN

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de octubre de 1985 en este proceso promovido por Tito Nicolás Cadena frente a Nicolás Liévano Aguirre en su condición de heredero de Indalecio Liévano Aguirre.

Costas a cargo de la recurrente.

Cópiase, 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

## CONSULTA

De acuerdo con el artículo primero regla cuarta del Decreto número 3829 de 1985, si no se presentó oportunamente la solicitud de reconstrucción del expediente, se entiende confirmada la sentencia que se encontraba en la Corte en trámite de consulta.

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Bogotá, D. E., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

*Procede la Corte a decidir la solicitud de declarar confirmada la sentencia de 6 de agosto de 1985, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso abreviado de separación de cuerpos de Graciela Aguilar de Castañeda contra Félix Eduardo Castañeda Avila.*

Con tal fin, se considera:

I. Mediante escrito presentado en la secretaría de la Corte el 6 de agosto de 1986, solicitó la demandante, con apoyo en el artículo 4º del Decreto número 3829 de 1985 que se declarase “confirmada la sentencia objeto de la consulta”.

II. La demandante Aguilar de Castañeda apoya su petición en los hechos que a continuación se transcriben:

“1º Con fecha 2 de octubre de 1984 se solicitó del honorable Tribunal Superior de Bogotá, mediante demanda presentada en la fecha, decretara la separación de cuerpos de los esposos Castañeda-Aguilar, en virtud de los hechos allí expuestos, demanda que después de cumplir todos los requisitos legales y procedimentales, fue fallada por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 6 de agosto de 1985, en la cual se ordenó surtir el trámite de la consulta, por haber estado el demandado representado por curador *ad litem*.

“2º Con fecha octubre 23 de 1985, se presentó ante la Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia, un memorial, contentivo del alegato de conclusión conforme a lo dispuesto por el artículo 360 concordante con el 386 del C. P. C. donde se solicitaba se Confirmara la sentencia consultada.

“3º En los lamentables hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 el expediente se destruyó y no se solicitó su reconstrucción dentro del término establecido por el Decreto número 3829 de 1985”.

III. La Corte, por auto de 11 de agosto del año pasado dispuso que la parte interesada aportara algunos elementos de convicción necesarios para decidir sobre lo pedido y, al efecto, la parte demandante dio cumplimiento a lo ordenado.

IV. *Ciertamente la demandante Graciela Aguilar de Castañeda, solicitante de la declaratoria de entenderse por confirmada la sentencia pronunciada por el Tribunal, por no haberse pedido oportunamente la reconstrucción del proceso, aportó al proceso los documentos siguientes:*

a) Copia auténtica de la demanda presentada por Graciela Aguilar de Castañeda, en la que señala como demandado a Félix Eduardo Castañeda Avila y contentiva de una pretensión de separación de cuerpos;

b) Copia de la sentencia de 6 de agosto de 1985, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso abreviado de separación de cuerpos adelantado por Graciela Aguilar de Castañeda contra Félix Eduardo Castañeda Avila, mediante la cual se acogieron las súplicas de la demanda y por demás, se dispuso consultar tal decisión con el superior;

c) Que para surtir la consulta, el expediente fue enviado por el Tribunal a la Corte el 18 de septiembre de 1985;

d) Que con fecha 23 de octubre de 1985, la demandante le solicitó a la Corte la confirmación de la sentencia proferida por el Tribunal, materia de la consulta, pues al efecto se aportó copia del memorial presentado en tal fecha;

e) Finalmente informa la secretaría de la Corte que “revisados los libros radicales de la Sala de Casación Civil de esta corporación, no ‘aparece presentada solicitud de reconstrucción del proceso de separación de cuerpos de Graciela Aguilar de Castañeda contra Félix Eduardo Castañeda’ ”.

V. De los elementos probatorios antes reseñados, se deduce que el expediente contentivo del proceso abreviado de separación de cuerpos de Graciela Aguilar de Castañeda contra Félix Eduardo Castañeda Avila, que fuera enviado a la Corte el 18 de septiembre de 1985 para surtir la consulta, resultó destruido con motivo de los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985; que ninguna de las partes formuló, en la debida oportunidad, petición de reconstrucción del mencionado proceso; que así las cosas, procede darle aplicación a las normas pertinentes (Decreto número 3829 de 1985).

#### RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia resuelve entender confirmada la sentencia de 6 de agosto de 1985 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso abreviado de separación de cuerpos de Graciela Aguilar de Castañeda

contra Félix Eduardo Castañeda Avila (art. 1º, regla 4ª. del Decreto número 3829 de 1985).

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

*José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Martín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Inés Galvis de Benavides*  
Secretaria

## COMISION

Cuando el comisionado excede el objeto de la comisión, únicamente las partes y no el juez de oficio pueden impetrar la nulidad dentro de los cinco días siguientes, y si no lo hacen se entiende saneada.

---

*Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Héctor Martín Naranjo*.

Bogotá, D. E., dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los señores Fernando y Nicolás Sanabria Zapata, opositores al secuestro de un bien, contra el auto proferido el día 13 de marzo de 1986 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso abreviado de separación de cuerpos de matrimonio canónico en el que figuran como partes la señora Adela Salgado de Pineda, demandante, y Pablo Sebastián Pineda López, demandado.

### ANTECEDENTES

Dentro del proceso indicado, el Tribunal comisionó al Juez Civil del Circuito de Bogotá para la práctica de la diligencia de secuestro de varios vehículos automotores; el Juzgado 20 Civil del Circuito de esta ciudad, a quien por reparto le correspondió atender la comisión, señaló para el efecto la hora de las 9 a. m. del día 28 de julio de 1981, en cuya diligencia los mencionados opositores hicieron la pertinente repulsa alegando la posesión material que en ese momento estaban ejerciendo, con relación a la buseta distinguida con las placas SA-7290, oposición que fue denegada.

Aquéllos interpusieron el recurso de apelación y la Corte, por auto del 9 de noviembre del mismo año, revocó la determinación y en su lugar dispuso: admitir la oposición, ordenar la práctica de la diligencia a fin de dejar a los opositores en calidad de secuestrados y ordenar la tramitación del incidente previsto en el artículo 686-2 del C. de P. C.

Como consecuencia de esta última determinación, el mismo juzgado comisionado fijó nueva fecha y hora para la diligencia de secuestro y la practicó con acatamiento del auto proferido por la Corte; allí mismo le concedió a la parte actora un término de cinco (5) días para formular aquel incidente luego de lo cual, decidió

por sí levantar la medida de secuestro ante la no proposición oportuna del incidente y, además, profirió condena en costas y perjuicios en contra del demandante y en favor de los opositores, por medio de auto dictado una vez concluida la diligencia de secuestro, el 4 de mayo de 1982.

Con apoyo de este ordenamiento los opositores propusieron el incidente de regulación en concreto de la condena en perjuicios ante el Tribunal, quien ordenó su tramitación hasta el final cuando, por medio del auto objeto de impugnación decidió decretar la nulidad de todo lo actuado en dicho incidente, a partir del auto proferido por el comisionado el día 4 de mayo de 1982, con base en que éste no era competente para proferirlo y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 152-2 del C. de P. C.; contra esta decisión aquéllos interpusieron el recurso de reposición, el que luego de resultarles adverso le abrió paso a la apelación subsidiaria que ahora se decide, previa la tramitación correspondiente durante la cual ninguno de los interesados se pronunció.

#### CONSIDERACIONES

De conformidad con la síntesis expuesta, el Tribunal comisionó al señor Juez Civil del Circuito de Bogotá para la práctica de la diligencia de secuestro de distintos bienes; pero esta expresión general sólo le confería las facultades del comitente, con relación a la diligencia delegada sin que pudiera tomar decisiones ajenas a la función que le fue encomendada so pena de exceder los límites de sus facultades con la consecuencia de la nulidad, según lo previsto en el artículo 34 del C. de P. C.

*Así, en el caso de la diligencia de secuestro, el comisionado como si fuera el funcionario comitente puede realizar todos los actos procesales que le permitan cumplir con el encargo encomendado, a saber, fijar fecha y hora para la diligencia (art. 33 C. de P. C.); nombrar secuestre cuando el comitente no lo hace, o cuando el designado por éste no acepta o no concurre al acto (art. 9º y 682-1 C. de P. C.); realizar la diligencia y resolver sobre las oposiciones propuestas (art. 34, inc. 1º y 686 ib.) con las respectivas consecuencias; decidir sobre los recursos de reposición o sobre la concesión de los de apelación y fijar los honorarios del secuestre por su asistencia a la diligencia. Mas, concluida la práctica fenece el objeto de la comisión y cualquier ordenamiento posterior, en torno a los efectos de la diligencia le atañe al juez o Tribunal del conocimiento, pues por fuera de corresponder a asuntos indelegables, según el artículo 31 ib., sólo a ellos compete determinar sobre el levantamiento de las medidas decretadas.*

*Acorde con lo dicho, ni el Tribunal puede comisionar a un juez para que resuelva sobre la procedencia o califique la oportunidad del incidente de que trata el artículo 686-2 del C. de P. C. que tiene por objeto decidir sobre si el opositor a un secuestro tiene o no derecho a conservar la posesión material que aduce; ni el juez comisionado puede, por vía interpretativa, inferir esa facultad porque su cometido concluye con la práctica de la diligencia, único objeto de la comisión, y de obrar en contrario su actuación será nula, por cuanto excede las facultades delegadas (art. 34 citado):*

*Esta última disposición, además, regula de manera específica las consecuencias que brotan de las actuaciones del comisionado cuando recaen sobre asuntos que no le conciernen, ora porque no le podían ser delegadas, o ya porque sea de su propia*

*iniciativa excede las facultades; casos en los cuales únicamente las partes, y no el juez de oficio, pueden impetrar la nulidad de dichas actuaciones, lo que por su parte significa que si aquéllas dentro del término de cinco (5) días siguientes al de recibo del despacho diligenciado callan sobre las irregularidades, la nulidad que de éstas se deriva se entiende saneada lo que no es otra cosa que la aplicación del principio general del saneamiento que se da cuando "la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente" (art. 156-1 C. de P. C.).*

En el presente caso, el juez comisionado excedió sus facultades cuando después de concluida la práctica del secuestro, siguió conociendo de las incidencias posteriores incluso hasta ordenar su levantamiento y proferir, sin fundamento legal, condena en costas y perjuicios; pero como las partes no propusieron la nulidad respectiva en la oportunidad procesal debida, ésta debe entenderse como saneada, puesto que sólo ellas podían alegarla, sin que la omisión pueda obviarla el Tribunal, según las voces del artículo 34 del C. de P. C. Por lo mismo, no era del caso aplicar el artículo 152-2 del C. de P. C.

En consecuencia se dispondrá la revocación del auto apelado, por medio del cual el Tribunal se abstuvo de decidir el incidente de regulación de perjuicios y decidió decretar la nulidad de lo actuado en él, incluyendo el auto proferido por el juez comisionado el 4 de mayo de 1982.

#### DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, **REVOCA** el auto impugnado de fecha y procedencia dichas, y, en su lugar, **ORDENA** que el asunto continúe con el trámite que legalmente corresponde.

No hay lugar a costas en la segunda instancia por cuanto no aparecen causadas.

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

## CASACION

Reconstrucción expediente destruido. Si el cargo es por violación indirecta de la ley sustancial, se requiere que se aporten al expediente reconstruido pruebas que tengan el mismo contenido de las que sirvieron para apoyar la decisión del sentenciador. De no ser así, se hace imposible el estudio del cargo.

*Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de enero de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario de Mario Francisco Prado Escobar contra personas indeterminadas.

Por haberse destruido el expediente se solicitó, por la parte interesada, la reconstrucción que fue decretada por providencia de 10 de noviembre de 1986.

## EL LITICIO

El señor Mario Francisco Prado Escobar, por medio de procurador judicial demandó, por los trámites de un proceso de pertenencia, que se le declare dueño de dos predios urbanos situados en la ciudad de Cali, distinguidos con los números 3-27 y 3-23/25 de la carrera 4ª Oeste de la actual nomenclatura, debidamente alinderado en el hecho primero.

Fundamentó la demanda en el hecho de haber poseído por más de treinta años los citados predios en forma continua e ininterrumpida sin reconocer en persona alguna dominio sobre ellos y con ánimo de señor y dueño.

La pretensión se dirigió contra personas indeterminadas en consideración a que del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Cali, no se pudo establecer la persona que figuraba como poseedora inscrita de dichos inmuebles. Por esa misma razón se nombró curador *ad litem*, a quien se le corrió traslado de la demanda.

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali, que por reparto conoció del asunto mediante sentencia de 8 de junio de 1983, declaró que pertenece al señor Mario F. Prado E. los inmuebles especificados en la demanda; ordenó la inscripción en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali; y dispuso su consulta en el evento de que no fuere apelada, motivo que determinó que conociera el Tribunal Superior de Cali del negocio.

El Tribunal revocó la sentencia consultada y, en su lugar, se declaró inhibido de fallar el fondo de las pretensiones.

#### MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Con un breve recuento de la actuación en primera instancia entra, enseguida, el Tribunal en consideraciones sobre los presupuestos procesales que no encuentra reunidos "para un pronunciamiento válido" pues "por lo que toca con la formalidad de la demanda hay que anotar que ella es deficiente por omisión del requisito exigido por el numeral 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no se acompañó el certificado" del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal.

Para el Tribunal "la constancia acompañada a la demanda y expedida por aquel funcionario (folio 1 Fte. del cuaderno principal) con el propósito de suplir aquella exigencia, no sirve como medio probatorio de lo que la requiere. La información de que 'las certificaciones que expida esta oficina deben ser solicitadas con base a títulos inscritos con los correspondientes datos de registro; sólo a partir del 1° de septiembre de 1976, fecha en la cual se implantó en Cali el nuevo sistema de registro (Folio Real) comenzó a regir un índice de inmuebles y revisado dicho índice no se encontró inscripción alguna de los siguientes inmuebles situados en Cali en la carrera 4ª Oeste marcados en sus puertas de entrada con los números 3-25 y 3-27, figurando el primero con la nomenclatura de carrera 4ª Oeste 3-23 ...', debe tenerse más bien como negativa o transgresión a la norma, pues ésta exige dicho certificado sobre las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro de que no aparece ninguna como tal, no habla de inscripción de inmuebles, situación que no viene al caso, por lo que debe concluirse que no existía dicha prueba y por lo tanto no había lugar a que el *a quo* decidiera favorablemente a las pretensiones del actor, ya que, cuando una norma de derecho está exigiendo para la prosperidad de la acción determinado medio de prueba, no le es dable al juzgador por fuera de ella establecer otro".

Luego de transcribir un fragmento de una sentencia de la Corte, concluye:

"Tiénesse, pues, de acuerdo a lo expuesto, que la Sala puede menos que revocar la providencia consultada y declarar inhibición para fallar la precitada pretensión de 'declaración judicial de pertenencia' revisada, por falta de presupuesto procesal de 'demanda en forma' consistente en lo expuesto anteriormente".

#### LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

## PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia como directamente violatoria del artículo 413 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, por interpretación errónea, y por falta de aplicación de los artículos 304 y 413-1 *ibidem* y 762, 769, 2512, 2518, 2531-1-2, 2532 y 2534 del Código Civil, y 1° de la Ley 50 de 1936.

En la comprobación del cargo el censor transcribe el pasaje de la sentencia del Tribunal que se refiere al certificado expedido por el registrador de Cali y acompañada con la demanda, que dice: "debe tenerse como negativa o transgresión a la norma, pues ésta exige dicho certificado sobre las personas que figuren como titular de derechos reales sujetos a registro de (sic) no aparece ninguna como tal, no habla de inscripción de inmuebles, situación que no viene al caso por lo que debe concluirse que no existía como prueba", para sostener que surge "el craso error jurídico del sentenciador y en donde reside su falla interpretativa" consistente en pretender que el artículo 413 no se refiere a inscripción de inmuebles pues el ordenamiento registral determina qué es lo que está sujeto a registro o sea los bienes raíces, vale decir, que el registro no es de personas sino de bienes.

Prosigue la censura: "No cayó en la cuenta el sentenciador que para llegar a la situación de certificar *si hay, o no*, personas titulares de derechos reales sobre inmuebles en proceso de pertenencia, *es absolutamente indispensable* examinar y dilucidar *previamente* si tales inmuebles figuran inscritos en el registro o folio de matrícula, para luego, y *solamente en caso afirmativo*, pasar a mencionar los nombres de las personas que figuren como titulares de derechos reales principales sobre esos inmuebles *registrados y matriculados en sus respectivos folios*".

"Sobra decir que si los inmuebles *no* aparecen *registrados ni matriculados*, es *absolutamente imposible para el registrador*, por sustracción de materia, certificar sobre nombres de personas que figuren como titulares de derechos reales sobre esos mismos bienes".

"Como consecuencia de tan equivocado argumento interpretativo de la citada disposición, el Tribunal concluyó que 'no existía dicha prueba', o sea la de que no figuraba persona alguna como titular de derechos reales principales sobre los inmuebles materia de la pertenencia, y concluyó en la parte resolutiva de su fallo revocando el del inferior que había accedido a las pretensiones del actor para en su lugar declararse inhibido de decidir en el fondo la demanda de instancia".

Luego del intento de fijar el concepto del quebranto de las normas sustanciales enjuiciadas, remata:

"Los certificados del registrador de que trata el ordinal 5° del artículo 413 del C. de P. C. no pueden expedirse en otra forma. Pretender que la norma exija que el registrador expida certificados imposibles, o sea sobre qué personas figuren como titulares de inmuebles no registrados en esa oficina, equivale a una interpretación ilógica de la ley y contraria a su finalidad misma".

## SE CONSIDERA

Viene montada la acusación por la vía directa, lo que hace suponer la conformidad del recurrente con las conclusiones probatorias del sentenciador *ad quem*, es

decir, no formula reparo alguno en la manera como estimó el material demostrativo traído al proceso.

Pues bien, para llegar a la inhibición el Tribunal sostuvo que no existía la prueba del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Cali, en los términos del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto “la constancia acompañada a la demanda y expedida por aquel funcionario con el propósito de suplir aquella exigencia, no sirve como medio probatorio de lo que la requiere”.

Y este es el aspecto central de la posición del juzgador de segundo grado; la manifestación posterior, sobre el entendimiento de la norma alrededor del certificado de los registradores, es apenas una mención sin trascendencia en la conclusión de la falta de la prueba en comento.

Entonces, no es posible enjuiciar la sentencia por la vía directa cuando, en el fondo, no se participa de las conclusiones que, en materia probatoria, fueron hechas por el Tribunal tal como, en realidad, se desprende del contenido de la acusación; porque si éste concluyó que no existía la prueba del certificado no es cuestión de simple interpretación de la norma que consagra la exigencia del certificado, sino del alcance del mismo, supuesto demostrativo de relevancia en la actividad del sentenciador y que sólo puede ser denunciado por la vía indirecta, como consecuencia de errores bien de hecho ora de derecho. La discrepancia, pues, del censor con las conclusiones en el campo fáctico, mediante la ponderación probatoria, no permite atacar la sentencia por la vía directa, porque si el Tribunal no dio por probada la certificación de que trata el artículo 413-5 su cuestionamiento sólo procede por el cauce de la violación indirecta.

Impróspero, entonces, el cargo.

#### SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente: “Acuso la sentencia como directamente (sic) violatoria, a consecuencia de graves manifiestos y trascendentes errores de hecho en la apreciación de algunas pruebas, de los artículos 304 y 413 especialmente en sus numerales 1 y 5 del C. de P. C.; 762, 769, 2512, 2518, 1531, especialmente en sus dos primeras reglas, 2532 y 2534 del C. C. y 1º de la Ley 50 de 1936, todos por falta de aplicación”.

En el camino de la demostración del cargo arguye el censor que el Tribunal como consideración básica, adujo que el certificado del registrador acompañado con la demanda no sirve de prueba sobre el particular, para lo cual recuerda que son dos las alternativas para tramitar la declaratoria de pertenencia derivadas del certificado del registrador, del cual depende que se escoja la indicada. Por eso, para el recurrente, el Tribunal “apreció de hecho equivocadamente la prueba documental consistente en la certificación del registrador de Cali del 24 de julio de 1981, y en la solicitud sobre expedición de dicho certificado formulada por el demandante señor Mario F. Prado Escobar el 23 de esos mismos mes y año, pruebas que obran a folio 1 y 2 del cuaderno principal del expediente”.

El yerro de hecho lo presenta el casacionista en que el registrador después de no haber encontrado inscripción de los inmuebles en el índice de los mismos, hubiera debido referirse a las personas, a sabiendas que no estaban dichos inmuebles ni

registrados ni matriculados y que cuando el mencionado registrador certificó “que antes de 1976 no se llevaba libros índices” le era imposible mencionar quién o quiénes figuraban como propietarios o sea que no hay persona alguna para citar como tal.

Y remata:

“Estos errores de hecho, graves y trascendentes del Tribunal, lo llevaron indirectamente a violar, por falta de aplicación las normas sustanciales enumeradas en el encabezamiento del cargo. Así de no haber incurrido en ellos, habría aplicado dichas normas y en vez de sentencia inhibitoria hubiera confirmado la del inferior, que accedía a las pretensiones del demandante”.

### TERCER CARGO

Se acusa la sentencia “como indirectamente violatoria, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de una prueba, de las siguientes normas sustanciales: artículos 304 y 413 especialmente en su numeral 1º del C. de P. C.; 762, 769, 2512, 2518, 2531 especialmente en sus dos primeras reglas, 2532 y 2534 del C.C. y 1º de la Ley 50 de 1936, todos por falta de aplicación”.

Como violación medio se señalan los artículos 177, 251, 262-2, 264 y 413-5 del C. de P. C.

Tras de transcribir el aparte de la sentencia del Tribunal que se refiere a que no encontró con el certificado del registrador de Cali demostrado la exigencia del citado artículo 413 sostiene que con la consideración hecha le negó de plano el carácter de prueba.

Precisa la censura:

“El argumento que sirvió al Tribunal para incurrir en esa violación consiste en que, a su juicio, el numeral 5 del artículo 413 del C. de P. C. no habla de certificaciones sobre *inscripción de inmuebles* sino sobre *nombres de personas*, si las hay, que tengan derechos reales principales sobre los mismos, o si no las hay, que no aparezca ninguna como tal. Y que, como el certificado en cuestión sólo se refiere en forma negativa a inscripción de inmuebles, no de personas, “no existía dicha prueba”, pues cuando la ley exige “determinado medio de prueba no lo es dable al juzgador por fuera de ella establecer otro”.

“Sea del caso observar que el certificado aludido reúne todas las condiciones formales para tenerse como documento público que da fe ‘de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza’ (art. 264 ib.), y por ende nótese que por el simple aspecto formal reúne las condiciones de la prueba documental emanada del registrador respectivo que exige el numeral 5 del artículo 413 del C. de P. C.”.

“No había, pues, razón alguna para que el Tribunal desechara e hiciera caso omiso de tal certificación (llegó el sentenciador a decir ‘que no existía dicha prueba’), y menos aún aduciendo que como la ley exigía ‘determinado medio de prueba no le era dable al juzgador por fuera de ella establecer otro’ (fol. 11 cuaderno 3)”.

## SE CONSIDERA

*Como se hizo mención al comienzo de esta sentencia, el expediente fue reconstruido por haberse destruido con ocasión de los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985. Y tal como lo prevé el artículo 133 del Código de Procedimiento Civil y el Decreto número 3829 de 1985, la iniciativa para la reconstrucción corre a cargo del recurrente, que en este caso lo fue la parte demandante. Igualmente, a éste le corresponde impulsar la actividad en procura que las piezas que sirvieron de apoyo a los juzgadores de instancia sean traídas al proceso para que, con tal fin, se pueda, ante cualquier inconformidad, verificar los alcances de la impugnación.*

*Y en casación adquiere mayor relevancia esta exigencia, por cuanto la confrontación probatoria que tiene que hacerse frente a cualquier acusación por la vía indirecta impone que las pruebas que se digan fueron apreciadas erróneamente de hecho o de derecho deben corresponder, con exactitud, a las tenidas en cuenta por el sentenciador de segundo grado, de suerte que el cotejo permita advertir los yerros que se le enrostran a la sentencia y que sean suficientes para infringir los textos sustanciales que se indiquen en la censura.*

*No es que sean las mismas pruebas, puesto que se convertiría en un contrasentido que se exigiera que las desaparecidas, por obra del incendio, vuelvan a aportarse al expediente. No. El imperativo descansa en que tengan el mismo contenido de las que obraron y sirvieron para apoyar la decisión del sentenciador.*

*Entonces, si no se acompañan las pruebas o las que se aportan en la etapa de la reconstrucción no son fieles transcripciones de las que fundamentaron el estudio y resolución en segunda instancia, no se puede, por el carácter riguroso y formalista de la casación, abrir el camino para el estudio de las impugnaciones que vienen dirigidas por la vía indirecta por errores de hecho y de derecho.*

En los cargos, se duele el casacionista de error de hecho, en uno, y de derecho en el otro, alrededor de un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Cali como consecuencia de una solicitud de la parte interesada para el caso en estudio, del demandante, que tiene como fecha de expedición tal como lo destaca el recurrente, el día 24 de julio de 1981. Empero, en la etapa de reconstrucción se ha aportado otro expedido con fecha 17 de abril de 1986.

Es decir, que no es el mismo y, por tanto, no se puede sostener por simples razones obvias, que corresponde en su contenido al que fuera tenido por el Tribunal para afirmar que se aportó el certificado requerido para los efectos de la prescripción. Algo más: muchas de las críticas que hace el casacionista sobre el contenido del certificado inicial no guarda fiel correspondencia al texto del documento aportado en la reconstrucción.

No hay, pues, plena identidad de la prueba que estudió el Tribunal con la que se ha aportado en la etapa de la reconstrucción; es, en verdad, una nueva prueba.

Y como la acusación, se repite, se ha construido sobre el mencionado certificado del registrador de Cali, que no se trajo al proceso, los cargos están llamados al fracaso al ser imposible analizar los errores en que el sentenciador de segundo grado pudo incurrir.

## 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 enero de 1984 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario adelantado por Mario Francisco Prado Escobar contra personas indeterminadas.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**Si ambas partes ejercían actividades peligrosas, la que pretenda indemnización debe demostrar los cuatro elementos de esta clase de responsabilidad. Puede graduarse la culpa e incluso puede darse la compensación frente a la indemnización.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Procede la Corte a dictar sentencia de reemplazo, como Tribunal de Instancia, en el proceso ordinario instaurado por Lisandro Sánchez Suárez contra Darío Maya Botero, en virtud de que el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales fue casado por esta corporación, en providencia de 21 de mayo de 1983.

### I. ANTECEDENTES

En la sentencia de casación se hizo el siguiente resumen del litigio:

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

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

"b) Que, como consecuencia, se condena (sic) al citado Maya Botero a pagar a su demandante junto con los intereses comerciales causados, la suma de trescientos cuarenta y cinco mil pesos (\$345.000.00), en que éste estima el valor de dichos perjuicios, tanto los materiales en su doble aspecto de daño emergente y lucro cesante, como los morales, y

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

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

“a) A las 12:30 del día 1º de septiembre de 1979, cuando Manuel Salvador Ceballos Montoya, chofer de Lisandro Sánchez Suárez, se movilizaba por las calles de Manizales en el taxi de propiedad de éste, marca ‘Dodge Coronet’, modelo 1967, de placas número WA-01-02, en el momento en que hacía el pare en el cruce de la carrera 23 con la calle 36 fue atropellado por la parte trasera por el camión marca ‘Ford’, modelo 1976, de placas número HJ-00-22 de propiedad de Darío Maya Botero y que en ese momento estaba siendo conducido por su chofer Hernando Llanos Gallego;

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

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

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

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

Notificado en legal forma el extremo pasivo contestó la demanda en la cual se opuso a las pretensiones de los hechos, dijo no constarle algunos y de otros, no ser ciertos, como están redactados.

Manifestó, igualmente, que para la época del accidente el camión no era de su propiedad, pues, pertenecía a los herederos de Esneda Hoyos de Maya, sucesorio dentro de cuyo activo se había inventariado el vehículo.

Propuso la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, fundándola en el hecho de que el camión se encontraba cargado y el pavimento mojado, circunstancia que hizo que se deslizara y chocara.

Con base en el artículo 57 del C. P. C. el demandado llamó en garantía a la compañía "Seguros Atlas S. A." en razón de que entre demandado y compañía se acordó un contrato de seguro por cincuenta mil pesos (\$50.000.00), que amparaba el camión por daños a terceros, contrato que rigió desde el 28 de septiembre de 1973 y se encontraba vigente al momento del accidente.

La llamada en garantía compareció al proceso, aceptando los hechos en que se apoyó el llamamiento y anotando que la compañía estaría obligada, en caso de que se le condene a indemnizar sólo hasta la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000.00). Se opuso a las pretensiones con el argumento de que el accidente obedeció a caso fortuito.

Surtido el trámite procesal de rigor, el *a quo* profirió sentencia el 30 de septiembre de 1981, a través de la cual negó las pretensiones y por ende absolvió al demandado y al llamado en garantía, con fundamento en que no se probó la *dependencia laboral que se dijo tenía el conductor del camión frente al demandado*.

La decisión anterior fue apelada por el actor para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, quien confirmó la sentencia en su totalidad el 8 de junio de 1982.

Como la parte demandante apelara la sentencia proferida por el juzgador de primer grado, entra la Corte, como juzgador de segunda instancia a resolver la apelación en virtud de haberse casado el fallo del *ad quem*, como ya se anotó.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Como no se observa motivo de nulidad capaz de invalidar lo actuado y los presupuestos procesales concurren a plenitud, es de rigor decidir el asunto en el fondo. En efecto, radicaron en el *a quo* la jurisdicción y competencia, las partes son capaces para comparecer al proceso. Las exigencias formales de la demanda no merecen reparo alguno.

2. Con las afirmaciones y el material probatorio recaudado durante el proceso, quedó establecido.

2.1 Que la parte actora para impetrar las pretensiones reclamadas, invocó la calidad de propietaria del vehículo que sufrió perjuicios, así mismo, dijo que del camión que causó el daño era dueño el demandado.

2.2 Que, en efecto, el accidente tuvo ocurrencia.

2.3 Que existía contrato de seguro entre el demandado y el llamado en garantía.

2.4 Que la responsabilidad a que alude el caso de autos es extracontractual, ya que entre demandante y demandado no existía vínculo jurídico contractual antes del accidente.

2.5 Que en el libelo demandatorio se invocó la responsabilidad por el hecho de otro y la surgida en razón del daño ocasionado por el ejercicio de cosas peligrosas de las cuales es dueño el demandado, pues, de una parte, se dijo que el camión era conducido por un asalariado, pero de propiedad del extremo pasivo. Hizo énfasis la Corte en que el actor basa su demanda en los hechos de que el demandado era dueño del vehículo y patrono del conductor.

3. Como lo anotó esta corporación al casar la sentencia del *ad quem*, el Tribunal interpretó la demanda, solamente en cuanto a la responsabilidad por el hecho de otro, no en cuanto a que el propietario es guardián de la cosa que ha dado lugar al perjuicio.

4. La pretensión del actor, como lo dijo la Corte al casar la sentencia, se tipifica dentro de la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana.

#### ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Por sabido se tiene que, para la prosperidad de la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Un autor o sujeto activo, que lo es quien causa el daño.
2. La culpa o dolo del mismo. Elemento éste que diferencia la responsabilidad subjetiva de la objetiva, ya que en la última no se precisa analizar si el sujeto obró con o sin culpa.
3. El daño o perjuicio ocasionado al sujeto pasivo.
4. Finalmente, la relación de causalidad entre el daño y la culpa del sujeto que lo causó.

La plena prueba de los cuatro ingredientes anotados, salvo la presunción de culpa para algunos eventos como ocurre en el daño causado en ejercicio de actividades peligrosas llevará irremediablemente a condenar al sujeto activo a indemnizar al que sufrió el daño.

*La conducción de automotores es ejercicio de actividad peligrosa, por lo mismo la culpa del autor se presume, lo cual significa, que al demandante víctima del daño no se le exige demostrar la culpa del sujeto activo, es decir, sólo le basta para el éxito de sus pretensiones comprobar quién fue el autor del daño y el nexo causal entre éste y el titular de la actividad peligrosa, así como el perjuicio sufrido (art. 2356 C.C.).*

*Las peticiones en el caso sub-lite tienen su fundamento en el perjuicio que se dice sufrió Lisandro Sánchez ocasionado por el accidente de tránsito a que se ha hecho alusión y cuando los automotores de demandante y demandado transitaban por el cruce de la carrera 23 o Avenida Santander con la calle 36 de la ciudad de Manizales.*

*Como ambos automotores se hallaban transitando, ambas partes están bajo la presunción de culpa que determina el ejercicio de actividades peligrosas frente al daño causado. Siendo esto así, se hallan demandante y demandado en idénticas condiciones, es decir, ambas fueron causa por culpa del daño sufrido mientras no se demuestre otra cosa. Dicho de otra manera, se vuelve a la situación inicial o sea, que quien pretende*

*indemnización debe demostrar los cuatro elementos dichos, incluyendo el subjetivo o culpa. Es más, puede graduarse la culpa con que hayan dado lugar al accidente, caso en el cual, si la proporción culposa fue la misma, se daría la compensación frente a la indemnización o la reducción para uno si su grado de culpa fue menor, tal como lo prevé el artículo 2357 del C.C.*

Así las cosas, entra la Corte al estudio de cada uno de los elementos mencionados:

#### TITULARIDAD DEL DOMINIO SOBRE EL AUTOMOTOR POR PARTE DEL DEMANDADO

La legitimación por parte de Darío Maya Botero para ser sujeto pasivo en el proceso, en virtud de ser el propietario del camión marca Ford, modelo 1976 con el cual se dice chocó el automóvil de propiedad del demandante, resulta esencial para establecer el nexo causal entre el daño sufrido y el sujeto que estaría obligado a responder por él, pues, se reitera, se impetró la demanda, en el aspecto que ahora decide la Corte en razón de ser el demandado dueño del automotor.

Debe tenerse en cuenta que en la sentencia que casó la del Tribunal, esta corporación dejó establecido que la legitimación por parte del extremo pasivo se hallaba comprobada, cuestión que no puede ser revisada ahora en sede de instancia.

Precisamente, por lo anterior, sólo ordenó en forma oficiosa, que se allegara certificación tendiente a establecer la titularidad del derecho a demandar por parte del demandante.

#### TITULARIDAD DEL DOMINIO EN EL DEMANDANTE

Encontró la Corte que para examinar los elementos constitutivos de la acción deprecada, resultaba necesario establecer a ciencia cierta quién era el titular del derecho a recabar la indemnización de perjuicios, para lo cual ordenó oficiar al Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Manizales, con el fin de que se enviara copia de los contratos que sirvieron de base a una certificación anterior según la cual el actor había vendido el vehículo a Pablo Emilio Salinas. En acatamiento a este mandato judicial, se allegó la certificación que obra a folio 155 vto. en la cual se afirma que "para el primero de septiembre de 1979, el propietario del citado vehículo era el señor Lisandro Sánchez Suárez".

#### LA CULPA, EL DAÑO SUFRIDO Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Se ocasionó el accidente por culpa imputable al conductor del camión de placas HJ-0022 o del automóvil de placas WA-0102?

Para demostrar los hechos que dieron origen a la demanda, se allegaron al expediente los siguientes medios probatorios: 1. Diligencia de inspección judicial extraprocesal. 2. Certificados expedidos por el Director de Tránsito y Transportes de Manizales. 3. Resolución del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de la misma ciudad en la cual aparece sanción para el conductor del camión HJ-0022, por haber sido el responsable de la colisión de los vehículos. 4. Interrogatorio rendido por el demandado. 5. Declaraciones de Manuel Antonio Londoño Cuéllar, Nemesio Arturo Núñez Pedraza, Ramón Eduardo Cortés Franco y Gilberto

González. 6. Copias de las fotografías tomadas al vehículo de propiedad del demandante, luego de sufridos los daños.

De todo el acervo probatorio, fluye que el choque se produjo por culpa del conductor del camión de propiedad del demandado y que como consecuencia del mismo, sobrevino el daño que se causó al automóvil del demandante.

En efecto, en la resolución del Departamento de Tránsito y Transportes de Manizales, se llegó a la conclusión de que el responsable del accidente fue el señor Hernando Llanos, conductor del camión, ya que transitaba apenas a tres metros de distancia del automóvil del demandante, razón por la cual no pudo detener oportunamente la marcha para evitar el choque.

De la inspección judicial allegada oportunamente al proceso, la cual no fue tachada ni redargüida de falsa, se desprende que se examinó el vehículo de servicio público de placas WA-01-02, color gris, modelo 1967, marca Dodge, afiliado a la empresa Suautomóvil, el cual se encontró con hundimiento y abolladura en "el capot", la persiana hundida y reventados algunos de sus espacios, el ventilador torcido, el bomper delantero descuadrado y pelado, etc.

En las fotos que obran a folio 29, se aprecia que el automóvil sufrió daños tanto en su parte trasera, como en la delantera.

Igualmente, obra en el expediente copia del experticio a través del cual se avaluaron los daños sufridos por el automotor.

De los testimonios recepcionados, se destaca:

El tercero Ramón Eduardo Cortés Franco, expresó en su declaración (folio 127), que el día del accidente iba por la Avenida Santander en busca del paradero para coger bus y al llegar a la bomba de gasolina, vio el accidente que describe así: "Detrás de un taxi de servicio público iba un camión que se deslizó y le dio al automóvil taxi que transitaba adelante". Agrega que los vehículos iban de Occidente a Oriente, por el carril izquierdo. Informa que la distancia a que iban los vehículos, es decir, la que separaba a los automotores era de tres metros. El camión, dice, era de color amarillo, fue el que le dio al taxi de color grisoso. Expresa además, que el camión era en esa época de don Darío Maya, lo cual explica diciendo, que le consta porque era amigo suyo.

De todo lo anterior se llega a la firme convicción de que el accidente ocurrió, en efecto, entre los vehículos de demandante y demandado, así como en las circunstancias que atrás se describieron. Que tal colisión produjo un daño para el automóvil del actor; o lo que es idéntico, aparece en forma nítida demostrada la relación de causalidad entre el daño sufrido y el autor del mismo. Igualmente, queda demostrado que el accidente que trajo como efecto el perjuicio, se debió a culpa imputable al conductor del camión, quien cometió el error de conducta o imprudencia de no guardar la distancia legal y necesaria para que hubiera podido hacer obrar los frenos del vehículo en forma oportuna, con lo cual el siniestro no hubiera ocurrido.

Así las cosas, se impone condenar al demandado a pagar los perjuicios sufridos por el actor; empero, solamente los materiales, dado que no aparece que se hayan sufrido morales.

Estas mismas consideraciones sirven para cerrarles el camino a las excepciones propuestas por el demandado Darío Maya Botero.

De otra parte, como de las pruebas allegadas al proceso y del trámite del mismo, aparece que el demandado tenía vigente un contrato de seguro con la compañía de "Seguros Atlas S.A.", a quien formalmente se llamó al proceso por el demandado, seguro que lo amparaba contra los daños a terceros que causare el camión, hecho que por demás no fue desconocido por la llamada de garantía, se declarará que ésta es responsable de tales perjuicios, pero sólo hasta la cantidad de \$50.000.00 suma a la que se obligó, según póliza que en forma legal se allegó al expediente.

Resulta indispensable establecer ahora la cuantía del perjuicio material padecido por el extremo activo, para lo cual habrá de tenerse en cuenta el experticio llevado a cabo durante el proceso, peritazgo que fue aclarado y ampliado por los expertos a solicitud del demandado, sin que durante el traslado se le hiciera objeción alguna, tal como consta en los folios 113 y siguientes.

Llegaron a la conclusión los auxiliares de la justicia, de que el daño emergente ascendía a la suma de \$146.730.00 y el lucro cesante a \$183.840.00.

Para culminar en la conclusión anterior, examinaron el taxi accidentado y tantas veces nombrado, en forma personal. Hicieron cálculos de la tarifa que para la época en que el automotor estuvo parado en razón del choque, se cobraba en la ciudad de Manizales, lugar en donde se explotaba el automóvil, tuvieron en cuenta los días de mayor trabajo y los de menor, durante cada semana.

Para efectos de establecer el daño emergente consultaron en almacenes de repuestos el valor de los que resultaba necesario cambiar al taxi.

El valor de la reparación, se afirmó en la aclaración de peritazgo, tuvo como fundamento, además, en el hecho de que uno de los expertos se dedicaba a esa actividad.

El dictamen fue sometido a contradicción y a pesar de que no fue objetado por error grave, sí fue aclarado por la razón arriba dicha.

La certidumbre procesal de la prueba en comento, su conducencia frente a los hechos que se pretendía demostrar, la competencia e idoneidad de los expertos, que jamás fue puesta en duda por las partes, la ausencia de causa para poner en duda la seriedad y sinceridad del experticio, la explicación de los motivos que los llevaron a la conclusión a que llegaron, la firmeza y lógica de éste, el traslado que se hizo en forma legal de esta prueba y el no haberse probado objeción alguna, llevan a la Corte a que debe acogerse este medio probatorio para efectos de la condena en concreto.

A efecto de establecer las costas del proceso se tendría en cuenta que la totalidad de las pretensiones no prosperan y que la compañía aseguradora sólo puede soportar en proporcional interés que se evidencie en la condena.

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 y actuando en sede de instancia,

## RESUELVE

REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales el día 30 de septiembre de 1981 dentro del proceso ordinario de Lisandro Sánchez Suárez contra Darío Maya Botero y en su lugar dispone:

1. DECLARAR que el demandado Darío Maya Botero, es civilmente responsable de los daños causados al taxi de propiedad del demandante que se halla descrito y en la forma y circunstancias de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al demandado Darío Maya Botero a pagar al demandante Lisandro Sánchez Suárez la suma de \$183.840.00 por concepto de lucro cesante y la suma de \$146.730.00 por concepto de daño emergente.

Sobre las anteriores sumas pagará el demandado al demandante un interés del 6% anual desde la ejecutoria de la sentencia hasta que el pago se haga efectivo.

3. CONDENAR a la compañía "Seguros Atlas S.A.", a reembolsar al demandado la suma de \$50.000.00, como llamada en garantía.

4. NEGAR la petición de indemnización por perjuicios morales impetrada en la demanda.

5. NEGAR las excepciones propuestas.

6. CONDENAR en costas en favor del demandante, de ambas instancias al demandado Darío Maya Botero en un setenta por ciento (70%), y a la compañía "Seguros Atlas S.A.", en favor del demandado Darío Maya Botero, en un veinte por ciento (20%). Liquidense por quien corresponda.

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

**No es susceptible del recurso de casación el auto que decide la excepción de fondo formulada como previa, precisamente por ser un auto y no una sentencia.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., tres (3) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decide la Sala el recurso de queja interpuesto por el apoderado judicial de los demandantes contra el auto de 8 de noviembre de 1986, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de filiación natural con petición de herencia promovido por Nora Beatriz Flórez o Beatriz Devia Flórez, Francisco José Flórez y Marina Devia Flórez contra los sucesores de Beatriz Devia Galindo.

### I. ANTECEDENTES

1. En el referido proceso, la parte demandada propuso como excepciones previas las de “prescripción de los efectos económicos de la acción” y “caducidad”, a las que el Juzgado Civil del Circuito de Purificación, que tenía el conocimiento del asunto, les imprimió el trámite incidental correspondientes.

2. Por auto de 23 de mayo de 1985, el precitado juzgado fulminó la ritualidad incidental declarando “probada la excepción de caducidad de los efectos económicos o patrimoniales de la acción” y, en consecuencia, dispuso “seguir adelante con el trámite del proceso en cuanto a lo relacionado con el punto 1º y 7º de las peticiones de la demanda”, es decir, en lo concerniente a la declaración de filiación natural y a la condena en costas para la parte demandada.

3. Por apelación interpuesta por el apoderado de la parte actora contra la anterior decisión, el proceso llegó al Tribunal y, sustanciado el recurso, procedió a decidirlo mediante auto de 16 de septiembre de 1986, en el que resolvió confirmar “el auto materia de la presente apelación”.

4. Inconforme la misma parte actora con la resolución precedente, interpuso contra ella, además de un fallido recurso de reposición, el extraordinario de casación,

que no le fue concedido por el *ad quem*, según providencia de 8 de noviembre de 1986, por tratarse de una decisión que a términos de los artículos 366 y 367 del Código de Procedimiento Civil, no admite tal medio de impugnación.

5. Ante la situación anterior, la parte demandante interpuso contra el auto de 8 de noviembre del año pasado, recurso de reposición con petición subsidiaria de copias, habiendo logrado apenas lo último.

6. Con las copias pertinentes el apoderado de la parte demandante presentó recurso de queja, aduciendo básicamente que la excepción de caducidad, como la de prescripción, así se proponga y resuelva como previa, es de fondo, y como resuelve definitivamente sobre las pretensiones económicas de la demanda, la decisión asume el carácter de sentencia al tenor del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil y a lo sostenido por la Corte en providencia de 13 de octubre de 1976.

## II. CONSIDERACIONES

1. *Salvo la vacilación jurisprudencial que se produjo a raíz del proferimiento del auto de 13 de octubre de 1976 y que se prolongó hasta finales de 1983, la Corte ha sostenido desde vieja data que el recurso extraordinario de casación no procede sino contra las providencias que tienen el carácter de sentencia, y no contra todas ellas sino solamente contra las enumeradas en los artículos 366 y 367 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual desterró la posibilidad de que los autos, aún aquellos que conforme a la ley tienen fuerza de sentencia, como los que deciden favorablemente las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción o caducidad, cuando se proponen como previas, sean susceptibles de dicho medio de impugnación.*

2. *Para retornar a su tesis tradicional y modificar la doctrina imperante entre 1976 y 1983, esta corporación en providencia de 15 de marzo de 1984, al abordar el tema del recurso extraordinario de que se viene tratando, expresó:*

*“El recurso de casación, que es un medio de impugnación extraordinario, lo ha revestido la ley procedimental para su procedencia de un conjunto de requisitos, entre los cuales se cuentan los siguientes: a) la decisión atacada debe ser una sentencia; b) la sentencia debe ser pronunciada por el Tribunal Superior en segunda instancia o en única instancia en procesos de responsabilidad civil de jueces de que trata el artículo 40. Excepcionalmente procede también contra las sentencias de primera instancia pronunciadas por los jueces civiles de circuito, cuando las partes acuerden prescindir del recurso de apelación y proponer el de casación por salto; c) la sentencia impugnada debe ser pronunciada en uno de los procesos señalados por la ley (art. 366 C.P.C.); d) el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente debe ser de trescientos mil pesos por lo menos, y e) se debe interponer oportunamente, o sea, en la forma indicada en el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil.*

*“Siendo el recurso de casación, no un medio de impugnación común de las resoluciones judiciales, sino excepcional y extraordinario, es obvio que el legislador sólo lo hubiera establecido respecto de decisiones de entidad pronunciadas en determinado género de procesos, o sea, que únicamente procede respecto de ‘sentencias’, cuando éstas se hubieren pronunciado en los litigios específicamente señalados por la ley (art. 366 del C. de P.C. y ley 22 de 1977).*

*“Ahora bien, los preceptos de la ley de enjuiciamiento civil que se ocupan del recurso de casación, siempre hablan e insisten en que la providencia impugnada debe ser sentencia y no auto, como puede observarse en las que se ocupan de las causales de casación (art. 368), de la oportunidad y legitimación para interponerlo (art. 369), del justiprecio del interés para recurrir y concesión del recurso (art. 370), de los efectos del recurso (art. 371), de la admisión del recurso (art. 372), de los requisitos de la demanda de casación (art. 374), de la decisión del recurso (art. 375), de la ineficacia del cumplimiento de la sentencia (art. 376).*

*“Según el estatuto procedimental, las providencias del juez se clasifican en autos y sentencias. Mediante las sentencias se deciden las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas (art. 302), y deberá contener, en su aspecto formal, la indicación de las partes, un resumen de las cuestiones planteadas, las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos o las razones de equidad en que se base. Además, ‘la parte resolutive se proferirá bajo la fórmula ‘administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley’ y deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando procede resolver sobre ellas y sobre las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, con arreglo a lo dispuesto en este Código’ (art. 304).*

*“Son autos las demás providencias de trámite o interlocutorios que profiera el juez, entre los cuales se cuenta el que decide un incidente (art. 351 num. 4) y, específicamente el que resuelve las excepciones previas, no sólo porque éstas ‘se tramitarán como incidente’, sino que para despejar toda duda el legislador, utilizando un lenguaje diáfano lo califica de auto cuando expresa que ‘el auto que rechaza las excepciones será apelable en efecto devolutivo y el que las acepta en el suspensivo’ (art. 99, in fine, del C. de P. C.).*

*“Visto que las excepciones previas se tramitan como incidente y que su decisión pertenece al linaje de los autos, éstos no pueden ser impugnados a través de los recursos extraordinarios como los de casación y revisión, que se encuentran reservados para las sentencias.*

*“Por otra parte, la Corte al pronunciarse sobre el hecho de si era o no procedente el recurso extraordinario de revisión contra las providencias que no tienen el carácter formal de sentencias, dijo: ‘no pueden ser materia del recurso extraordinario de revisión, decisiones judiciales diferentes de las sentencias, como los llamados autos de sustentación, las resoluciones interlocutorias, ni tampoco pueden serlo los autos de este último linaje con fuerza de sentencia, pues el criterio extraordinario, singular y restringido del recurso que se viene comentando, impide una interpretación que permita extenderlo a resoluciones que formalmente no son sentencias sino proveídos de menor jerarquía, como los autos, susceptibles de los recursos de reposición y apelación, pero no del extraordinario de revisión’ (auto de 29 de octubre de 1979, aún no publicado).*

*“Es cierto que algunos sistemas positivos consagran la procedencia de la casación contra ciertos autos. Ello ocurre en la L.E.C. en donde, según el artículo 1670, tienen carácter de definitivas, además de las sentencias que terminan el juicio, ‘las que recayendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito, haciendo imposible*

su continuación'; en la legislación francesa con los llamados 'juzgamientos prejudiciales', pues resuelven incidentes de procedimiento (arts. 607 y 608 Du Rouveau Code de Procedure Civile); sucede lo propio en la ley italiana, en la que se habla como decisiones sometidas a casación 'las sentencias definitivas o interlocutorias' (art. 517 Cód. Proc. Civil); también en la alemana, la que alude para tal efecto a las 'sentencias finales y las interlocutorias'; en la legislación venezolana (art. 423, ord. 2º Código de Procedimiento Civil), que define como 'sentencias definitivas' las que ponen fin al proceso, 'diciendo en el fondo, y las que sin resolver el pleito en el fondo deciden cuestiones incidentales'; análoga disposición se encuentra en la reciente ley de casación del Uruguay (14.861 de 8 de enero de 1979, art. 14) en donde se determina como decisiones sujetas a dicho recurso extraordinario 'las sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitiva, dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelaciones'.

*"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", doctrina reiterada en providencias de 24 de abril y 21 de octubre de 1985.*

3. Como es incuestionable que la providencia de 16 de noviembre de 1986, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué al desatar el recurso de alzada interpuesto contra la que decidió las excepciones previas, es auto y no sentencia, es indudable que no es susceptible de ser combatida a través del recurso extraordinario de casación, como lo pretende el quejoso apoyado en superados conceptos jurisprudenciales.

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, declara BIEN DENEGADA la concesión del recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha y procedencia anotadas.

Remítase la presente actuación al Tribunal de origen para que forme parte del expediente respectivo.

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

## CONTRATO DE COMISION DE TRANSPORTE

### Responsabilidad del comisionista.

*Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., cinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de marzo de 1983 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Campo E. Tapia frente a "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", cuya reconstrucción decretó el magistrado ponente en la audiencia celebrada el 19 de mayo de 1986.

#### I. ANTECEDENTES

1. Campo E. Tapia importó de la casa alemana Posschel 6.708 kilos de éter sulfúrico (éter etílico), que llegaron al Puerto de Buenaventura el 23 de octubre de 1973, procedentes del de Hamburgo.

2. Para su nacionalización y envío al interior del país solicitó los servicios de la firma comercial "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", agentes de aduana y comisionistas de transportes, la que, a su vez, contrató en su nombre y por cuenta de Campo E. Tapia el transporte de dicha mercancía desde el Puerto de Buenaventura hasta la ciudad de Bogotá, con la empresa transportadora Transgranel Ltda. lo cual tuvo lugar el 20 de noviembre del mismo año de 1973.

3. El éter sulfúrico, envasado en 39 tambores metálicos, se perdió en su totalidad, y por tanto, nunca llegó a su destino final, cual era el establecimiento del demandante.

4. Dicha mercancía estaba amparada por la Compañía de Seguros Bolívar, según certificación número TR-256354 expedido el 1º de diciembre de 1973, por pérdida total, ya que Campo E. Tapia tenía una póliza flotante de \$200.000.00.

5. En varias oportunidades se ha reclamado la entrega de la mercancía, tanto a la firma "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", como a Transgranel Ltda., sin que ello haya

sido posible ni tampoco el pago de su valor comercial, cuyo monto es superior a los \$500.000.00.

6. Campo E. Tapia había dado instrucciones a la demandada para que la carga se transportara por la empresa "Transportes Duque S.A.", pero lo hizo por la compañía "Transgranel Ltda.", contrariando las órdenes de aquél.

7. El demandante cubrió todos los gastos necesarios para la importación de los 6.708 kilos de éter sulfúrico, como será demostrado con los correspondientes comprobantes a través del proceso.

## II. EL LITIGIO

1. En escrito repartido el 19 de agosto de 1975 al Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá, Campo E. Tapia llamó a proceso a "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", representada por su gerente Alfonso Senior Quevedo, para que, previo el trámite ordinario, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"Primero: Que la firma comercial Alfonso Senior & Cía. Ltda. está obligada a restituir al señor Campo E. Tapia, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo ordene, la cantidad de 6.708 kilos de éter sulfúrico (éter etílico).

"Segundo: En subsidio, el pago del valor de dicha mercancía, dentro del mismo término y al precio comercial que tenga a la presentación de esta demanda.

"Tercero: Al pago de los perjuicios en cualquiera de los eventos anteriores por la no entrega de la mercancía encomendada, en la oportunidad respectiva.

"Cuarto: Al pago de las costas y gastos del proceso".

2. La demandada, en su contestación al libelo, aceptó unos hechos, negó otros y en relación con algunos de ellos manifestó lo que a continuación se sintetiza:

a) Que la mercancía fue despachada por la empresa "Transgranel Ltda." en el camión de placas número D-95488, conducido por Harbey Labre y que, como el día 13 de diciembre de 1973 no había llegado a su destino, la citada transportadora mediante carta número HC-218, informó del hecho a Campo E. Tapia y de las diligencias penales adelantadas para localizar el cargamento, el vehículo y su conductor, por el temor de la comisión de actos ilícitos;

b) Que el día siguiente, el demandante, en carta que acompañó al expediente dio traslado a la demandada de la información recibida de "Transgranel Ltda.", y le pidió que le respondiera de la mercancía, por cuanto ésta había sido entregada, según su conocimiento, "a personas diferentes de las que yo había instrucciónado";

c) Que Campo E. Tapia no pidió la utilización exclusiva de una determinada transportadora, porque los importadores, al dar instrucciones sobre condiciones de transporte de sus mercancías, consideran la oferta del momento con el fin de no perjudicarse por posibles demoras;

d) Que a pesar de la precitada carta de diciembre 14 de 1973 y de la reclamación del demandante, éste debió entender que la demandada había cumplido con él sus

obligaciones contractuales, pues desde entonces hasta el 23 de junio de 1975 no formuló nuevas solicitudes y mantuvo una relación directa con "Transgranel Ltda.". Que en esta fecha pidió simultáneamente a "Alfonso Senior & Cía. Ltda." y a aquélla, información sobre las averiguaciones adelantadas sobre la mercancía y el 14 de julio siguiente, con carta número 142-DH incorporada a la demanda, la dicha empresa "Transgranel Ltda." comunicó a Campo E. Tapia que existía un proceso penal por la desaparición de esa mercancía y que el vehículo transportador se encontraba en poder de las autoridades, de todo lo cual lo mantendría informado.

Como excepciones de fondo propuso las siguientes:

"a) La genérica, es decir, cualquier hecho que resulte demostrado en juicio y exima la responsabilidad a mi mandante;

"b) Carencia de acción del demandante;

"c) La excepción de prescripción, con fundamento en el artículo 993 del Código de Comercio".

3. La sociedad demandada llamó en garantía a la empresa "Transgranel Ltda." para que en este mismo proceso se resolviera sobre la relación contractual existente entre ellas. Esta empresa, al contestar la respectiva demanda, propuso como excepción previa la de prescripción de la acción proveniente del contrato de transporte que celebró con "Alfonso Senior & Cía. Ltda.". El juzgado del conocimiento declaró prescrita esta acción y, como consecuencia, la ordinaria instaurada por Campo E. Tapia contra la aquí demandada; esta decisión fue apelada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó respecto de la primera acción y la revocó en cuanto a la segunda, por considerar que la excepción de prescripción propuesta en el ordinario debe ser resuelta en la respectiva sentencia.

4. Surtido el trámite posterior, el juzgado le puso fin a la primera instancia con su fallo del 6 de julio de 1981, mediante el cual resolvió:

"Primero: Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por la sociedad demandada 'Alfonso Senior & Cía. Ltda.', contra las pretensiones del demandante señor Campo E. Tapia.

"Segundo: Declarar que entre el demandante Campo E. Tapia y la sociedad demandada 'Alfonso Senior & Cía. Ltda.', existió un contrato de mandato comercial complejo, y que ésta lo incumplió en relación con el transporte terrestre de la mercancía, consistente en seis mil setecientos ocho (6.708) kilos de éter sulfúrico, de Buenaventura a Bogotá.

"Tercero: Condenar a la sociedad demandada 'Alfonso Senior & Cía. Ltda.', a pagar al señor Campo E. Tapia, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los perjuicios ocasionados al demandante y que se concretan a la suma de doscientos ochenta y seis mil trescientos ochenta y dos pesos con 11/100 moneda corriente (\$286.382.11), como daño emergente, y sus intereses a la tasa del 36% anual desde el 22 de noviembre de 1973 hasta cuando se verifique su pago, como lucro cesante.

"Cuarto: Condenar a la sociedad demandada 'Alfonso Senior & Cía. Ltda.', al pago de las costas del proceso. Tásense".

5. Contra esta providencia apeló la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió la alzada mediante su sentencia de marzo 4 de 1983, que confirmó la de primera instancia.

### III. MOTIVACIÓN DEL FALLO IMPUGNADO

Luego de historiar los antecedentes del caso y el trámite adelantado en la primera instancia junto con el resultado del llamamiento en garantía en el cual se declaró prescrita la acción proveniente del contrato de transporte celebrado entre la aquí demandada y la empresa "Transgranel Ltda.", precisa el Tribunal que el apelante consideró desacertada la interpretación que el *a quo* hizo de la demanda, pues no se conoce la figura del mandato abierto, sino de un mandato general no calificado, interpretación que lo condujo a desconocer al comisionista de transportes "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", su derecho a invocar como en efecto lo invocó la sociedad llamada en garantía, la prescripción de la acción. "Y que, en consecuencia, pide su declaración o en subsidio la de caducidad de la pretensión; y, de no ser así, solicita que se declare que la demandada, procedió dentro de los límites del mandato".

A este respecto dice el *ad quem*, que si el juez, al analizar la *causa petendi*, "encuentra que la pretensión alegada es diferente a la que corresponde por ley, no existe motivo para que la interprete ..." y, por esta razón, "si bien es cierto que en la sentencia se calificó con cierta aptitud la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y se condujo la pretensión por la vía que el juez creyó adecuada, tal proceder es acertado".

En seguida, después de referirse al contrato celebrado entre el demandante y la demandada, concreta el fallador el tema por decidir en dos puntos:

1. Si su naturaleza permite la aplicación del artículo 993 del Código de Comercio, con el fin de deducir si procede la declaratoria de la prescripción o caducidad de la acción promovida por el actor.
2. Si el comitente dio instrucciones a la mandataria para que la mercancía fuera transportada únicamente por la compañía "Transportes Duque S.A.", y, por tanto, "si la demandada incumplió sus obligaciones encargando el transporte a otra, sin avisar previamente al comitente".

En cuanto a lo primero, expresa el Tribunal, que "es evidente que la comisión conferida por el demandante a la entidad demandada incluía contratar y hacer ejecutar el transporte, por lo cual la relación contractual entre las partes fue debidamente calificada por el juez, cuando invocó como preceptos que regían la conducta de las mismas, los artículos 1312 y s.s. del Código de Comercio".

Se refiere luego a la diferencia que existe entre las relaciones del comitente con el comisionado y las del remitente con el transportador, regidas las primeras por las normas propias de la comisión, que según el artículo 1287 del C. de Co., es una especie de mandato y las segundas por las del contrato de transporte, con el fin de manifestar que lo alegado por el actor en la demanda, consistente en el incumplimiento del comisionista de las instrucciones dadas para el encargo es cuestión relacionada con el mandato y no con el contrato de transporte.

“Obsérvese, —dice— que en ninguno de los hechos se hace referencia a la responsabilidad de la demandada como transportadora, sino a que la firma ‘Alfonso Senior & Cía. Ltda.’, ‘contrarió las órdenes de mi mandante’ luego es el cumplimiento de la comisión lo que ha sido cuestionado por el actor como causa fundamental de su pretensión”.

Y como en el Código de Comercio no se hace alusión a la prescripción de las acciones derivadas del mandato, general o especial, “debe acudirse a las normas generales sobre prescripción de la acción ordinaria del C. Civil, aplicables en casos de vacío del estatuto mercantil por mandato expreso de éste”. Es decir, que la prescripción de la acción promovida por el demandante contra la demandada con base en el cumplimiento del mandato, se rige por el artículo 2536 del C. de C. para la ordinaria por veinte años. De acuerdo con el artículo 1316 del C. de Co. no puede alegarse que una misma persona sea a un tiempo comisionista de transporte y transportador, “luego si en ocasiones debe el comisionista responder a el (sic) remitente como tal, la acción es por cierto diferente a la que ejerza dicho remitente contra el transportador”.

Y aún aceptándose que el demandante ejerció acción contra el comisionista para que respondiera igual que el transportador, “esta acción no está incluida por el artículo 993 del C. de Co. ya que ésta se refiere no a ‘mandato o comisión para el transportador sino a las derivadas directamente del contrato de transporte’”.

De todo lo anterior, concluye el Tribunal, que la excepción propuesta por la demandada no prospera y que, “por tanto, merece la sentencia del *a quo*, la debida confirmación” al respecto.

En cuanto al segundo punto, el fallador, luego de hacer una breve mención de las obligaciones que contraen las partes en el contrato de comisión para transporte, afirma que, como consta en el presente proceso, el demandante cumplió con las suyas, pero no así la demandada “ya que la mercancía no llegó al poder de aquél, sino que se extravió durante el viaje y ello motivó una investigación de carácter penal”. El primero atribuye la causa de los perjuicios que sufrió al desobedecimiento de la segunda de las instrucciones sobre la empresa transportadora que debía contratarse; ésta a su vez, niega haber recibido tales instrucciones y expresa que tampoco se consultó al remitente sobre ese aspecto.

Con el fin de establecer la responsabilidad del comisionista, pasa el sentenciador a estudiar los elementos probatorios allegados al proceso, como sigue:

a) El representante legal de la entidad demandada, en interrogatorio de parte, niega haber recibido instrucciones del remitente para que encargara el transporte a “Transportes Duque S.A.”, “aclarando que en su oficina no se recibieron, pero no excluye que se hayan recibido en otras oficinas o dependencias”;

b) María Ligia Valencia Duque, ex-jefe de importación del actor, manifestó que la firma demandada, que se encargaba de la importación de todas las mercancías para la demandante, siempre pedía instrucciones para cualquier despacho, y refiriéndose al caso concreto, dice que las instrucciones que dio Tapia fueron hechas en una carta dirigida a “las oficinas de la demandada en Bogotá”.

Antonio Villa Gómez, dependiente de “Antonio Senior & Cía. Ltda.”, reconoció el contenido del memorando que le fue presentado;

c) En la inspección judicial practicada por el juez del conocimiento, se estableció la autenticidad del memorando cuya copia obra al folio 3, por el cual la demandada informa al actor, con fecha 4 de enero de 1974, sobre el resultado del transporte que se le encargó, “y es solamente cuando le comunica que Transportes Duque no recibió el cargamento. Luego, ante tal disculpa, —expresa el *ad quem*— es lógico concluir que Tapia sí dio instrucciones al respecto, por lo cual ha de admitirse la responsabilidad de la demandada”.

Aunque es cierto que por tratarse de éter sulfúrico, éste debía enviarse de inmediato, no se justifica que el comisionista no hubiera informado al remitente sobre el cambio de transporte, para lo que hubiera bastado una llamada telefónica. Así que, de las pruebas aportadas por la parte demandada sobre el peligro que entrañaba dejar en depósito dicho cargamento, el fallador no encontró justificación para que aquélla “hubiera obrado sin consultar con el demandante, a quien correspondía, frente a la congestión de carga del terminal marítimo, haber decidido si se optaba por el transporte que a la postre resultó inseguro”. Por lo tanto, “la congestión a que se refieren las pruebas de la parte demandada tampoco la exoneran de responsabilidad”. Lo mismo afirma respecto de sus gestiones a favor de la investigación penal, ya que esto es una consecuencia de las funciones a que se dedica el comitente, posterior a la omisión de que se le inculpa.

Como conclusión de lo anterior, el Tribunal confirma en todas sus partes la sentencia de la primera instancia y en cuanto a los perjuicios en el proceso, resuelve no hacer condenación “por no aparecer probada temeridad o mala fe respecto de las partes o sus apoderados (arts. 72 y 73 del C. de P. C.)”.

#### IV. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del C. de Procedimiento Civil se formulan tres cargos contra la sentencia de segundo grado, de los cuales será despachado el primero por estar llamado a prosperar.

##### *Primer cargo*

En éste se acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 1268, 1269 y 1270 del Código de Comercio, por falta de aplicación. De los artículos 1287, 1285, 1312, 1313, 1314 y 1316 del mismo Código, “todas ellas normas invocadas en el fallo, por aplicación indebida.

“De los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, por aplicación indebida, que no fueron citados expresamente en el fallo acusado, pero sirvieron de fundamento para determinar el valor de la condena en el fallo de primer grado, confirmado en su totalidad.

“De los artículos 1602, 1610, 1613 y 1615 del Código Civil y 1262, 1266 y 1267 del Código de Comercio, también por aplicación indebida, habiendo sido los primeros aplicados implícitamente, en virtud de lo dispuesto por los artículos 2º y 822 del Código citado últimamente”.

Expresa el recurrente, que no incluye en la relación de normas violadas los artículos 993 del Código de Comercio y 2536 del Código Civil. “Por cuanto el tema de la prescripción es ajeno a este cargo ...”.

A la violación indirecta de las normas enunciadas se llegó, como consecuencia de la apreciación errónea de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras, lo cual llevó al Tribunal a incurrir en error de hecho evidente, "que aparece de modo manifiesto en el proceso".

Para demostrar su acusación, el censor hace inicialmente el análisis de las pruebas que a continuación se sintetiza:

En el proceso se estableció que el contrato de transporte celebrado entre "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", comisionistas de transporte y "Transgranel Ltda.", es de fecha noviembre 17 de 1973 como consta en la carta-porte número 632.

La carta número HC-218 de diciembre de 1973 dirigida por "Transgranel Ltda." a Campo E. Tapia, prueba no apreciada por el fallador, es la primera información recibida por el demandante sobre la ocurrencia del siniestro y aunque ella no le fue suministrada directamente por la demandada, constituye respecto del contrato de transporte en mención el cumplimiento de un deber contractual del transportador frente al comisionista del transporte o remitente de la mercancía y a su destinatario. Pero para el Tribunal, el documento con que "Alfonso Senior & Cía. Ltda." comunicó al actor el resultado del transporte y la circunstancia de que "Transportes Duque S.A." no recibió el cargamento, es el memorando de enero 4 de 1974, cuya autenticidad se estableció en la inspección judicial practicada por el juez del conocimiento.

Respecto de esta prueba, dice el impugnante, que fue debidamente apreciada, pero que el sentenciador omitió relacionarla con la hipótesis consagrada por el artículo 1269 del Código de Comercio, es decir, que con ella se comunicó al mandante la ejecución completa del mandato, "primer elemento para establecer si en el proceso se dio o no la hipótesis fáctica que contempla el artículo 1270 del mismo Código".

Agrega, además, que con la factura número 20307 formulada por "Alfonso Senior & Cía. Ltda." a Campo E. Tapia, en la que consta el despacho de la carga de "Transgranel Ltda." con la guía número 632, se demuestra que dicho comisionista dio cumplimiento al artículo 1268 del Código de Comercio, en cuanto rindió una información detallada y justificada de su gestión. Eso también lo corrobora con lo que el censor dice ser confesión del demandante, quien, con su pregunta número 8 del interrogatorio de parte a la demandada, acreditó haber pagado todos los gastos relacionados en la citada factura y los fletes a "Transgranel Ltda." en Buenaventura, sin observación alguna. Sin embargo, ninguna de estas dos pruebas fueron estimadas por el juzgador en su fallo.

Visto lo anterior, continúa el recurrente el análisis de los medios probatorios con el fin de determinar "si está demostrada la aprobación tácita de la conducta del mandatario, aunque se haya separado de sus instrucciones o excedido el límite de sus facultades, como lo dice el artículo 1270 del Código de Comercio".

Sobre este punto expresa, que la carta dirigida por Campo E. Tapia el 23 de junio de 1975 a "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", no contiene rechazo ni reparo alguno respecto de la forma como éste desempeñó la comisión del transporte, sino una solicitud de información en los mismos términos de la comunicación cruzada a

Transgranel Ltda. "Estas pruebas no fueron apreciadas por el Tribunal y ellas son aptas para establecer que hasta la fecha de las mismas don Campo E. Tapia no ha formulado reclamo ni exigencia de asunción de responsabilidad a 'Alfonso Senior & Cía. Ltda.'. Ni lo hace en ellas".

Con igual propósito, el casacionista se refiere a la reclamación formulada por Campo E. Tapia a Seguros Bolívar en carta fechada el 21 de diciembre de 1973, "por el cargamento amparado por el certificado de seguro citado en la referencia, producto que fue robado de conformidad a la denuncia presentada por la empresa Transportadora Transgranel"; a la respuesta de la compañía aseguradora de 22 de febrero de 1974; a la nueva solicitud del demandante en mayo del mismo año y a las respuestas final de aquélla rechazando tal reclamación el 14 de junio siguiente, documentos que no fueron apreciados por el fallador y que demostraban la aprobación tácita del citado Campo E. Tapia a la gestión de la demandada, ya que, a pesar de haber sido informado oportunamente del siniestro por el comisionista y por el transportador, sólo reclamó y rechazó la gestión de "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", "en la fecha de notificación de la demanda ordinaria que inició este proceso, el 27 de noviembre de 1975". Es decir, que entre el día en que tuvo conocimiento del siniestro, "aún partiendo del 4 de enero de 1974", hasta el de dicha notificación, transcurrieron 22 meses y 23 días.

Infiere también esa aprobación tácita de la conducta observada por el demandante, quien sólo 17 meses después de saber del siniestro solicitó información al respecto en su carta de 23 de junio de 1975, no obstante haber formulado reclamación a la compañía de seguros desde el 21 de diciembre de 1973 y haber obtenido respuesta negativa de ésta el 14 de junio de 1974.

Se refiere luego el censor al alcance de la expresión "término prudencial" que contiene el artículo 1270 del Código de Comercio, con el fin de manifestar que el que se tomó el demandante para manifestar, por primera vez, a la parte demandada su inconformidad con el desempeño del mandato, no es, en ningún caso, el adecuado; y que el tiempo transcurrido para el efecto, por voluntad del actor, "determinó que Alfonso Senior & Cía. Ltda., en el ejercicio de su acción contra la compañía transportadora, quedará sometido a la proposición exitosa de la excepción de prescripción, como sucedió".

De lo hasta aquí expuesto, deduce el recurrente que aparece claramente demostrado que hubo aviso de la parte demandada al actor sobre la forma como se desarrolló la comisión de transporte y la ocurrencia del siniestro y que con el silencio del actor, equivalente a la aprobación de la conducta de su comisionado, se da la hipótesis del precitado artículo 1270, "a pesar de haberse separado de las instrucciones del mandante o excedido el límite de sus facultades (en la hipótesis de la demanda)".

Para concretar el error de hecho manifiesto y trascendente en que habría incurrido el Tribunal, el recurrente parte de los hechos probados en el proceso, para afirmar que aquél sólo encontró la comunicación sobre la ejecución del mandato con el cambio de la empresa de transporte ordenada, pero no estableció la conducta del mandante frente al mandatario, indicativa de su aprobación respecto al cumplimiento de las obligaciones contractuales de la demanda, circunstancia ésta que constituye dicho error de hecho. De haber considerado tal proceder del actor, el *ad quem*

“habría dado aplicación a los artículos 1268, 1269 y 1270 del C. de Co., dejados de aplicar; y aplicado debidamente las normas clasificatorias de la figura contractual y de los derechos y deberes de las partes, y abstenido de dar aplicación a las que fundamentaron la condena e indemnización de perjuicios y a la fijación de su cuantía”.

#### SE CONSIDERA

1. *Dentro de las especies de mandato que regula el Código de Comercio, se encuentra el contrato de comisión de transporte, el que, de acuerdo con el artículo 1312 de la obra citada, es aquél mediante el cual una persona denominada comisionista se obliga, en su nombre, y por cuenta de otra, que es el comitente, a contratar y hacer ejecutar el transporte de una persona o una cosa y las operaciones a que haya lugar.*

*Los derechos y obligaciones que surgen de dicho contrato están regulados en el citado Código por las disposiciones establecidas para la comisión en su Capítulo IV del Título XIII del Libro 4º, Sección I y especialmente en la Sección II; por las del mandato comercial mientras no pugnen con su naturaleza, según lo consagra el artículo 1308; y en relación con el comisionista frente al pasajero o el remitente o el destinatario de las cosas transportadas, por las del contrato de transporte, como se lee en su artículo 1313.*

*De conformidad con las normas citadas, el comisionista de transporte se obliga a contratar y hacer ejecutar el transporte de las personas o cosas de que se trate y demás operaciones que el encargo requiere, a nombre propio y por cuenta del comitente, y a hacerlas conducir sanas y salvas al lugar o sitio convenido, dentro del término fijado y por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa (arts. 981 y 982 C. de Co.).*

*En virtud de la comisión conferida, no podrá el comisionista exceder los límites de su encargo, salvo que circunstancias desconocidas que no pueden serle comunicadas al mandante, permiten suponer razonablemente que éste habría dado su aprobación, en cuyo caso podrá separarse de las instrucciones recibidas (art. 1266); o cuando la urgencia o estado del negocio no permite demora alguna, debiendo entonces obrar según su prudencia y en armonía con las costumbres de los comerciantes diligentes (art. 1267).*

*El comisionista o mandatario deberá informar al comitente o mandante sobre la marcha del encargo; rendirle cuenta detallada y justificada de su gestión (art. 1269); comunicarle sin demora la ejecución completa del mandato e informarle sobre las circunstancias sobrevinientes que puedan determinar la revocación o modificación del mandato (art. 1269).*

*El silencio del mandante a la comunicación oportuna del mandatario, en un término prudencial, equivaldrá a aprobación aunque el mandatario se hubiere apartado de sus instrucciones o excedido el límite de sus facultades (art. 1270).*

*Es obligación del mandante o comitente remunerar al comisionista por su gestión (art. 1264) y proveer los fondos necesarios para la ejecución del encargo (art. 1268).*

2. Como se dijo atrás, cuando se trata de comisión de transporte, el comisionista cumple su obligación cuando contrata, en su nombre y por cuenta del comitente, el transporte a que se ha comprometido en la comisión, y cuando lo hace ejecutar, surgiendo así entre aquél y el transportador que siempre deben ser personas diferentes (art. 1216), los derechos y obligaciones derivados del contrato de transporte (arts. 981 y s.s. del C. de Co.). Pero además el comisionista, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1313 del C. de Co., "gozará de los mismos derechos y asumirá las mismas obligaciones del transportador en relación con el pasajero o con el remitente y el destinatario de las cosas transportadas".

*De lo anterior se sigue: que el comisionista podrá ejercitar las acciones por el incumplimiento del transporte contra el transportador y que también podrán hacerlo contra el mismo transportador, el pasajero o el remitente, comitente en el contrato de comisión y el destinatario de las cosas transportadas, que puede ser el mismo remitente (art. 1314).*

3. En el caso que se estudia quedó establecido que el demandante se valió de los servicios de la empresa demandada, para recibir, nacionalizar y hacer transportar unas mercancías importadas, consistentes en éter sulfúrico, a la sede de sus negocios, con lo cual se configuró un contrato de comisión de transporte entre las partes.

En tal virtud, la demandada contrató el transporte de dichas mercancías con la empresa "Transgranel Ltda.", según consta en la carta-porte número 632 de noviembre 17 de 1973, y no con la que el comitente afirma haber ordenado en la comisión, cual era la empresa "Transportes Duque S.A."

Como quiera que en el trayecto entre el puerto marítimo de Buenaventura y la ciudad de Bogotá fue asaltado el camión de la empresa contratada para el transporte y sustraída la carga del comitente, éste promovió la respectiva acción para obtener indemnización por la pérdida, con resultado favorable.

4. Impugna el recurrente en este cargo la sentencia del Tribunal, con base en que éste dedujo el incumplimiento del comisionista de transporte demandado del hecho de haberse apartado de las instrucciones que le había impartido el comitente en cuanto a la empresa que debía contratar para el transporte de sus mercancías, sin advertir que con las pruebas no tenidas en cuenta y las erróneamente apreciadas que demuestran la conducta observada por las partes en el desarrollo de la comisión, habría llegado a una conclusión contraria a la del fallo recurrido y, por tanto, a absolver a la firma demandada. En efecto, dice, el demandante dio su aprobación tácita a la forma como aquélla cumplió la comisión, no obstante que la empresa contratada para el transporte no era la indicada por el comitente.

Quiere ello decir que el censor acepta que dichas instrucciones podrían haber sido dadas, pero que su inobservancia no tendría incidencia alguna en la sentencia impugnada, ya que las pruebas cuya errónea apreciación se denuncia en el cargo, demuestran que el comisionista cumplió debidamente su obligación contractual y que el comitente informado oportunamente sobre el desarrollo de la comisión, la aprobó con su conducta de una parte, y, de otra, por no haber reclamado contra su ejecución en un tiempo prudencial.

Por tanto, para determinar si el Tribunal incurrió en el error de hecho que se le endilga en la censura, habrá de verse primero si dichas instrucciones aparecen

inequívocamente probadas y luego si el actor aceptó el transporte contratado por la compañía comisionada para trasladar el cargamento de éter sulfúrico hasta la sede de su trabajo.

5. Como se desprende del artículo 368, segundo inciso de su numeral 1° del C. de P. C., y como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, para que el error de hecho en la apreciación de los medios probatorios conduzca al quiebre de una sentencia en casación, es necesario que sea manifiesto y trascendente, es decir, que por su magnitud aparezca a primera vista sin mayor esfuerzo ni raciocinio, y que influya de tal manera en la decisión que si el fallador no hubiera incurrido en él habría resuelto el litigio en sentido contrario del que lo hizo.

6. A pesar de que en el caso de que se trata no existe prueba de las instrucciones que el comitente afirma haber impartido al comisionista y que el Tribunal dedujo erróneamente del memorando de 4 de enero de 1974, mediante el cual el segundo da al primero las razones que le impidieron contratar el transporte con la firma presuntamente ordenada en el contrato, y de otras pruebas que no aparecen en los autos, se observa que aún admitiendo que ellas hubieran existido, este hecho carecería de importancia ante la aceptación del comitente para que fuera utilizada la empresa "Transgranel Ltda.", como se deduce de las pruebas indebidamente apreciadas por el juzgador.

En efecto, en la carta-porte número 632, entregada por la demandada y recibida por el demandante el 17 de noviembre de 1973, se lee que la empresa transportadora contratada para llevar las mercancías a su destino era "Transgranel Ltda.", hecho que aquél conoció desde esa fecha y que posteriormente, el 14 de diciembre del mismo año se le confirmó con la factura número 20307 formulada por la comisionista al comitente, en que consta que el despacho de la carga en mención, con guía o planilla número 632, se realizó por dicha empresa, sin objeción alguna del actor, pruebas no apreciadas por el Tribunal y que demuestran la aceptación del transporte contratado por la demandada.

De la misma factura en que aparece la cuenta detallada de la gestión cumplida por la comisionista con indicación del saldo a cargo del comitente deducido del anticipo recibido, y de la pregunta número 8 del interrogatorio de parte, citada en la audiencia de reconstrucción por el recurrente sin reparo del opositor, mediante la cual el demandante pretendía que la demandada admitiera el pago de la referida factura y de los gastos de transporte, indudablemente se deduce que aquél aceptó la utilización de la firma "Transgranel Ltda.", mucho antes de reclamar judicialmente contra ella en la demanda de que se trata, cuya admisión fue notificada el 27 de noviembre de 1975 a la parte demandada. El *ad quem*, sin embargo, ignoró ese hecho al condenar a esta última por haber contrariado las instrucciones de la comisión, incurriendo, por tanto, en evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas en comento.

7. De otra parte, cabe anotar que aunque el demandante fue informado del siniestro ocurrido con su cargamento desde el 13 de diciembre de 1973, por la carta número 218 enviada por "Transgranel Ltda.", y luego el 4 de enero de 1974 por el memorando, vía télex, que le dirigió la firma demandada, sólo vino a reclamar judicialmente a ésta la respectiva indemnización mediante la precitada demanda

mucho después de haber intentado obtener infructuosamente de la compañía aseguradora el pago de la mercancía perdida, como se demuestra con la correspondencia cruzada entre aquélla y el comitente, la que en fotocopia remitió a esta corporación la citada compañía con su oficio de 22 de julio de 1986 y se incorporó a los autos en virtud de lo ordenado por el magistrado ponente en la audiencia en que declaró reconstruido el proceso de que se trata.

Aparece, en efecto, el oficio SA-IT-073 de febrero 22 de 1974 que la compañía de Seguros Bolívar dirigió al actor en respuesta al reclamo "Bog. Te-042/74", para negárselo "sin pago alguno ya que el certificado de seguro número TR-256354 cubre únicamente el riesgo de pérdida total". De fecha abril 17 del mismo año, hay otro oficio, el SB-IT-155, mediante el cual la aseguradora en mención al referirse a una solicitud del demandante de marzo 21 de 1974 para que reconsiderara su negativa, reitera su decisión anterior explicando que el riesgo afectado era el de falta de entrega. Por último, en su oficio número SB-RT-302 de junio 14 de 1974, la misma compañía en respuesta a una carta enviada por el comitente a la presidencia de aquélla en el mes de mayo anterior, manifiesta: "... que después de un detenido estudio a su petición para reconsiderar el pago por el siniestro ocurrido por robo de su mercancía ..., lamentamos ratificar nuestra determinación consignada en las comunicaciones SB-IT-073 de febrero 22 y SB-IT-155 de abril 17 del presente año, por falta de amparo".

En consecuencia, resulta evidente, como lo afirma el censor que si el Tribunal hubiera apreciado esas pruebas, habría concluido que el demandante con su conducta aprobó la gestión de la firma demandada en cuanto al contrato de transporte a que se había obligado por la comisión, puesto que a pesar de haber tenido conocimiento de que éste se llevaría a cabo por la empresa "Transgranel Ltda." como en efecto se hizo, y así mismo del siniestro por la comunicación que esta empresa le envió en su carta HC-218 de diciembre 13 de 1973 y por el memorando que el 4 de enero siguiente le dirigió "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", no ejerció ninguna acción inmediata contra esta firma sino la reclamación a la referida compañía de seguros; y, aunque ésta declinó tal petición en su oficio de junio 14 de 1974, el actor, lejos de insistir en su empeño de recuperar el cargamento perdido o la respectiva indemnización, dejó transcurrir más de un año para indagar primero a la comisionista de transporte sobre el resultado de sus averiguaciones al respecto en su oficio de junio 23 de 1975, y posteriormente 22 meses y 23 días después de la comunicación de la demandada sobre el siniestro, cuando resolvió instaurar contra ésta la demanda de que se trata, de la que se enteró el 27 de noviembre de 1975, fundamentada en el hecho de que la comisionista se apartó de las presuntas instrucciones impartidas en el contrato, no obstante su aprobación tácita de la forma como éste se desarrolló, en especial del transporte contratado para cumplir el encargo.

8. En síntesis se concluye que, aunque la firma demandada se hubiera apartado de las instrucciones de la comisión, el demandante la aprobó cuando al tener conocimiento de cuál era la empresa contratada para el transporte, pagó los respectivos gastos y fletes sin observación alguna y luego de ser informada oportunamente de la pérdida del cargamento no reclamó efectivamente al comisionista por el siniestro sino mucho después de haberlo intentado ante la compañía aseguradora, sin éxito, con base en que dicho cargamento era transportado por "Transgranel Ltda." y no por

“Transportes Duque S.A.”, argumento que, contra su misma aceptación tácita, vino a aducir para obtener de la demandada el resarcimiento de los perjuicios sufridos por no haberse utilizado la empresa últimamente nombrada.

Por lo tanto, es evidente que el Tribunal llegó a una conclusión contraria a la que resulta de las pruebas que no tuvo en cuenta y de las indebidamente apreciadas, ya que éstas demuestran tanto la conducta aprobatoria del demandante a la ejecución del mandato, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1270 del C. de Co., como el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del comisionista de transporte, a que se refieren, entre otros, los artículos 1268 y 1269 *ibidem*, tales como las de informar al mandante sobre la marcha del negocio, de rendirse cuenta detallada y justificada de la gestión, de comunicarle la ejecución completa del mandato y las circunstancias que puedan determinar la revocación o modificación del mismo.

Por consiguiente, a causa de los yerros cometidos por el juzgador de segundo grado y denunciados por el censor, fueron quebrantadas las normas sustanciales indicadas en el cargo, razón por la cual se impone casar la sentencia recurrida y proceder la Corte, como Tribunal de Instancia, a pronunciar el fallo de reemplazo.

#### SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Como quedó expuesto, el demandante pretende atribuirle responsabilidad a la firma demandada, por la pérdida de los 39 tambores de éter sulfúrico de su propiedad, con fundamento en que ésta había incumplido los términos de la comisión a que se comprometió al contratar el transporte de los mismos con la empresa “Transgranel Ltda.” y no con “Transportes Duque S.A.”, que era, según su afirmación, la ordenada en aquélla, derivando así la causa del siniestro de dicho incumplimiento.

La demandada, por su parte, niega haber recibido instrucciones precisas sobre utilización de una determinada empresa para el transporte de las mercancías de que se trata. “Y eso es así; —dice en la contestación al libelo— porque los importadores al dar instrucciones sobre condiciones de transporte de sus mercancías (forma de transporte y empresa transportadora), consideran la oferta de transporte en ese momento. En cualquier época futura podría resultar muy gravoso para un importador que el transporte de su mercancía tuviera que ser demorada hasta cuando una única y determinada empresa pudiera realizarlo”.

2. En el despacho del cargo, al que se remite la Corte, se puso de presente que no existe prueba en el proceso de dichas instrucciones, pero que aún en caso contrario, su presunto incumplimiento no podía alegarse para condenar a la firma demandada por cuanto de las pruebas analizadas se concluye que el demandante aceptó la forma como se desarrolló la comisión. Y a pesar de que éste, mediante su carta de 14 de diciembre de 1973, pidió a la misma demandada que le respondiera por su cargamento “por haberlo entregado a personas diferentes de las que yo había instrucionado”, no demostró este hecho ni insistió entonces en su reclamación, dejando transcurrir más de 22 meses para instaurar la demanda que se estudia mucho después de haber fallado en su propósito de obtener de la compañía de seguros el pago de la mercancía asegurada, de lo cual se sigue que su prolongado silencio, durante el que adelantó otras acciones encaminadas a ser resarcido de los perjuicios sufridos con

el siniestro, como fueron el reclamo ante la aseguradora y la solicitud que hizo a "Transgranel Ltda.", en carta de 23 de junio de 1975, para que le informara los resultados obtenidos "en relación con el denuncia formulado por el señor Humberto Heyne en Buenaventura, sobre los 39 tambores de éter sulfúrico que fueron entregados por nuestro consignatario Alfonso Senior & Cía. Ltda., para ser transportados a Bogotá ...", es demostrativo de la aprobación tácita que dio a la gestión realizada por la sociedad comisionista. De no ser así, el demandante habría enderezado la reclamación desde cuando fue informado de la sustracción delictiva de su cargamento contra dicha sociedad, hasta obtener una respuesta definitiva, y no habría adelantado gestión alguna frente a la empresa transportadora impugnada en la demanda luego de haberse considerado para colaborar en la localización de las cosas perdidas.

Por tanto, además de la aquiescencia se configura también la que surge del silencio que mantuvo ante la comunicación de la demandada sobre la ocurrencia del siniestro, al tenor del artículo 1270 del C. de Co., fundado principio *ratihabitio mandato equiparatur*.

3. Cabe agregar a lo dicho, que el tiempo que se tomó el comitente para expresar su inconformidad con el desempeño de la comisión, determinó que "Alfonso Senior & Cía. Ltda.", en el ejercicio de su acción contra la compañía transportadora quedara sometido al éxito de la proposición exceptiva de la prescripción, como evidentemente sucedió cuando aquélla llamó a ésta en garantía, puesto que ya habían transcurrido los dos años durante los cuales podía intentarse la mencionada acción, conforme con el artículo 993 del C. de Co.

4. Lo dicho es suficiente para concluir que la sentencia de primer grado debe ser revocada y que, en consecuencia, la firma demandada deberá absolverse de todos los cargos de la demanda.

#### 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, CASA la sentencia de 4 de marzo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando como Tribunal de instancia, REVOCA la del juzgado de primer grado, y en su lugar,

#### RESUELVE

1º ABSOLVER a la sociedad "Alfonso Senior & Cía. Ltda." de todos los cargos que se le formularon en la demanda.

2º CONDENAR al demandante Campo E. Tapia al pago de las costas de las dos instancias. Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

*Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo,  
Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Guillermo Ospina Fernández  
Conjuez*

*Inés Galvis de Benavides  
Secretaria*

## SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

**Prueba. Testimonio sospechoso: Los testimonios de familiares y amigos en procesos de familia requieren valoración especial.**

**Cuidado personal, patria potestad y guarda. Diferencias que distinguen estas tres instituciones.**

**Patria potestad. Se decreta la pérdida de ella, sin que implique *reformatio in pejus*.**

---

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., diez (10) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de mayo de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso abreviado de separación de cuerpos promovido por María de Jesús Plazas de Flórez contra Luis Enrique Flórez Arias.

### ANTECEDENTES

1º María de Jesús Plazas de Flórez demandó a su cónyuge Luis Enrique Flórez Arias, con el fin de que se decretara la separación indefinida de cuerpos; la disolución de la sociedad conyugal; que la tenencia y guarda (sic) de los hijos menores: Janith Rocío, Luis Henry, Audrey Youleidy Flórez Plazas, quede en cabeza de la demandante, que se decrete la regulación de gastos de manutención, educación y demás que corresponda por ley y finalmente que se condene al demandado en las costas del proceso.

2º Los supuestos fácticos de las pretensiones fueron:

2.1 Que demandante y demandado contrajeron matrimonio católico el 24 de septiembre de 1967, en la parroquia de San Victorino de Bogotá.

2.2 Que de la anterior unión nacieron los hijos que atrás se nombraron.

2.3 Que el incumplimiento de los deberes de esposo y padre y el maltrato de palabra y de obra del demandado para con la actora, han hecho imposible la paz y el sosiego domésticos.

3° La demanda fue admitida y de ella, como de sus anexos, se corrió traslado al demandado en el momento de notificársela; no obstante éste guardó silencio.

4° Tramitado el proceso en forma legal, el Tribunal profirió sentencia estimatoria, en la cual acogió cada una de las súplicas del libelo inicial.

5° Inconforme el extremo pasivo con la decisión del *a quo*, la recurrió en apelación, con el fin de que se revoque y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Fueron fundamentos del recurso:

5.1 Que no debe tenerse como indicio en contra del demandado el hecho de no haber contestado la demanda, ya que todo se debió a la pérdida de las copias, por fuerza mayor o caso fortuito.

5.2 Que las causales aducidas no pueden dar lugar al decreto de separación, ya que obedecen a diferencias de temperamento que se dieron desde el comienzo del matrimonio.

6° El señor Procurador Delegado en lo Civil, solicitó la confirmación del fallo, pero adicionado en el sentido de disponer que la patria potestad sea ejercida exclusivamente por la madre.

#### CONSIDERACIONES

1. Como no se observa motivo de nulidad capaz de invalidar lo actuado y los presupuestos procesales concurren a plenitud, es de rigor decidir el asunto en el fondo.

2. Las causas invocadas para impetrar la separación, a saber —grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, ultrajes, trato cruel y maltratamientos que hacen peligrar la paz y el sosiego domésticos—, se adecúan todas a las previstas por la Ley 1ª de 1976, para que sea procedente el decreto de separación.

3. El Tribunal halló probadas las causales alegadas, con fundamento en las declaraciones de algunos terceros, apoyado además en el silencio del demandado al no contestar la demanda, lo cual por imperio legal debe tenerse como indicio en contra.

4. Resulta trascendente el testimonio rendido por los propios hijos, quienes son enfáticos al decir que su padre nunca los trató bien, que siempre maltrataba a su madre, que les pegaba cuando trataban de defenderla y que no cumplía con las obligaciones económicas.

5. Como el abandono por parte del demandado aún persiste, según se desprende de las declaraciones rendidas en forma legal, no puede pensarse que haya existido caducidad en virtud de que como lo tiene dicho esta corporación, esta causal se

prolonga en el tiempo y no se suspende mientras no cese el incumplimiento y abandono de los deberes de esposo y padre o de esposa y madre.

LOS TESTIMONIOS DE FAMILIARES Y AMIGOS EN PROCESOS  
DE FAMILIA REQUIEREN VALORACIÓN ESPECIAL

A pesar de que los testigos no fueron tachados de falsos en oportunidad legal, pues, apenas en el alegato sustentatorio del recurso, el apelante pretende que se les reste valor por ser sospechosos, además sin indicar su causa considera importante la Corte anotar que si se pretenden sospechosos por ser amigos y familiares, no puede en procesos de familia asignársele en tal medio probatorio la valoración que se le da en otro tipo de contenciones, por las siguientes razones:

*De conformidad con el Código de Procedimiento Civil, al calificar la prueba testimonial debe tenerse en cuenta el sujeto que la aporta y frente a éste debe analizarse si existe alguna inhabilidad absoluta o relativa, e inclusive, alguna especial para el caso que ocupe al juzgador y que lo lleve a la conclusión de que el testimonio es sospechoso, tal ocurre con las declaraciones de parientes cercanos, frente a los cuales es fácil pensar que la declaración sea interesada o parcializada en virtud de que se quiere favorecer a alguna de las partes lo cual contraría el principio de que el tercero sea ajeno al proceso, en el sentido de que no desee defender a cualquiera de los extremos en litigio.*

*Empero, frente a lo dicho, resulta de suma trascendencia hacer hincapié en que hay procesos, concretamente los que aluden a asuntos de familia, en los cuales el manejo y calificación de la prueba y en especial del testimonio, requiere un análisis especial dado que la sospecha en el testimonio no puede ser analizada con el mismo criterio que en otros litigios por la potísima razón de que los conflictos que se presentan en familia, generalmente ocurren con gran privacidad y cuando trascienden o se exteriorizan, sólo se hace frente a la misma familia o a amigos muy allegados a la pareja. La intimidad con que ocurren este tipo de conflictos debe conducir al juzgador a que tenga cuidado especial para no tildar de sospechosos los testimonios recibidos en las condiciones anotadas, en virtud de que si no se les da valor, desde luego analizado el caso concreto y según las circunstancias de mayor o menor credibilidad, se estaría colocando a los contendientes en una situación tal que la prueba de los hechos alegados, en casi todos los casos, resultaría diabólica.*

*Así pues, será importante regla de derecho probatorio, para el juzgador, no desechar por sospechoso el testimonio de un pariente, sin más, sino que en la valoración deberá observar las condiciones en que el pariente o amigo declara estudiar cuidadosamente la verosimilitud de lo declarado y las demás circunstancias que conduzcan al descubrimiento de la verdad; de tal suerte que, la existencia, eficacia y suficiencia o no del testimonio, no sea el resultado de la simple afirmación de que por ser el declarante pariente o amigo, resulta sospechoso, con los efectos que esta calificación conlleva para la demostración de los hechos en un proceso.*

Basta lo anterior, para concluir que las declaraciones rendidas, especialmente a las que se alude en el numeral 4º de la parte considerativa de esta providencia, fueron bien valoradas por el *a quo*, al haberlas tenido en cuenta como demostrativas de los hechos en que se fundaron las peticiones.

El razonamiento que se acaba de hacer, impone la confirmación de la sentencia, excepto en dos aspectos a saber: 1º) El numeral 4º de la parte resolutive del fallo del inferior, el cual se modificará en el sentido de que los menores hijos del matrimonio quedarán bajo la tenencia y cuidado personal de la madre y no bajo su "guarda", ya que ésta es incompatible con la autoridad parental que por ley tienen los padres.

Para entender lo aquí dicho, es necesario establecer la diferencia entre cuidado personal, patria potestad y guarda. Distinguir entre las instituciones anotadas, resulta de suma importancia en razón de que no en pocos casos, como ocurre en el *sub lite*, se confunden. En efecto, desde la demanda solicitó la actora y así lo decretó el Tribunal, que "la tenencia y guarda de los menores ... se confiara a la madre".

*La patria potestad es la facultad que tienen los padres para representar a su hijo de familia, tanto procesal, como extraprocesalmente, así como para administrar su patrimonio y gozar de los frutos que éste produce.*

*El cuidado personal se traduce en el oficio o función, mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el filio, en el educando, en el incapaz de obrar y autoregular en forma independiente su comportamiento.*

*La patria potestad, por lo menos en buena parte, existe en función de su titular. El cuidado personal tiene razón de ser, sólo en virtud del guiado u orientado.*

*Puede, aclarado lo anterior, darse el cuidado personal, sin la autoridad parental, como en efecto se decide cotidianamente por los jueces. En el caso sub lite, el Tribunal optó por dejar la tenencia de los menores al cuidado personal de la madre, sin menoscabar la autoridad parental o patria potestad que cada progenitor tiene —por ley— sobre sus hijos, este poder continúa pleno, incólume, sin necesidad de declaración alguna, pues, no puede darse a los padres, lo que ya tienen por imperativo legal.*

*La guarda, en sus dos modalidades de tutela y curatela, es una institución jurídica, perfectamente diferente de las anteriores, establecida para representar o autorizar a los incapaces. Para que tenga lugar, es esencial que éstos no estén sometidos a autoridad parental o patria potestad. Lo anterior quiere decir, que no es posible la existencia simultánea de autoridad parental y guarda, excepto cuando por circunstancias determinadas se establezca un tutor o curador, en todo caso especial, para que administre un determinado bien dejado por un tercero al incapaz, con la condición que la administración del mismo no la ejerzan quienes tienen la autoridad parental o la guarda general.*

*No es correcto, pues, solicitar cómo se hizo y cómo se decidió por el Tribunal, que la guarda de un hijo de familia se asigne a su padre o madre, quienes se reitera, tienen por prescripción legal, sobre sus hijos no emancipados, la patria potestad o más exactamente autoridad parental, expresión ésta acogida hoy por la legislación y la doctrina francesas, en razón de que el concepto "patria", debe su origen a la expresión latina pater, justa para otros momentos históricos en los cuales sólo el padre era el titular de tal derecho, pero inadecuada para la hora actual en la cual tal autoridad es ejercida por ambos progenitores, tanto en aquel país, como en el nuestro.*

Por lo dicho, se suprimirá la expresión “y guarda”, en la sentencia recurrida.

2º Igualmente, se adicionará la sentencia, en el sentido de suspender al padre demandado la patria potestad o autoridad parental que ejerce sobre sus hijos. No obstante que esto no fue solicitado en la demanda, no debe olvidar el juzgador que la legislación de familia requiere tratamiento especial en razón de tocar con la célula esencial del Estado y más aun cuando en ella existen menores, en cuyo favor la ley, por razones obvias, es proteccionista.

Y no se piense que se violaría el principio de la *reformatio in pejus*, al hacer más gravosa la situación del demandado apelante, lo cual es predicable también de la consulta, si tiene en cuenta que ésta se da entre otros casos en favor del demandado que estuvo representado en el proceso por curador *ad litem*, cuando la sentencia le fue desfavorable.

Lo anterior, en razón de que si bien es cierto se hace más gravosa la situación al recurrente, es imperativo legal, deber jurídico aún en forma oficiosa, decidir sobre el ejercicio de la patria potestad —autoridad parental— en asuntos de esta naturaleza. En efecto, preceptúa el artículo 42 del Decreto número 2820 de 1974, en su primer inciso, que “la patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia (se subraya). Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas (sic) se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo”.

El artículo 315 del C. C. modificado por el 45 del Decreto número 2820 de 1974 —al cual remite el 42 del mismo Decreto— dispone que “la emancipación judicial se efectúa por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales”:

“1ª Por maltrato habitual del hijo en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”.

“2ª Por haber abandonado al hijo ...”.

“En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aún de oficio” (se subraya).

De otra parte, el artículo 423 del C. C. modificado por el 27 de la Ley 1ª de 1976, señala las reglas que habrán de observarse en el proceso de divorcio —aplicables a la separación de cuerpos, por no ser incompatibles con ésta— por mandarlo así el artículo 168 del C. C., enseña en su regla 5ª que “el juez, en la sentencia que decreta el divorcio, decidirá” (se subraya):

“b) A quien corresponda la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en todos los casos en que la causa probada del divorcio determine suspensión o pérdida de la misma; o si los hijos deben quedar bajo guarda”.

Así las cosas, no queda la menor duda que es deber ineludible del juzgador al proferir sentencia, resolver tanto en el divorcio como en la separación de cuerpos lo atinente a la patria potestad, así como a la guarda, cuando a ello hubiere lugar. Desde luego, si la causal demostrada durante el proceso está prevista por el legislador además

de suficiente para el decreto del divorcio o separación, también como capaz e idónea para la suspensión o pérdida de la autoridad parental.

En el asunto sub-análisis se ha demostrado que el demandado Luis Enrique Flórez Arias maltrataba a sus hijos en forma reiterada y habitual, tanto en forma física como verbal. Igualmente, que desde hace varios meses los abandonó.

En efecto, dice la testigo Jamith Rocío Flórez Plazas, hija de las partes en el litigio:

“La amenazaba (se refiere a su madre) con armas, yo misma las he visto, más que todo con cuchillos y personalmente tengo dos que le pude quitar en algunas ocasiones ... El tiene un machismo exagerado y cree que la mujer debe ser el esclavo (sic) y a los hijos como unos sirvientes ... a nosotros en particular, a los hijos y a mi mamá nos trata muy mal, siempre ha sido así, yo recuerdo que él ha querido matar a mi mamá y amenaza con suicidarse”. “Desde enero de este año ya no vive con nosotros y tampoco pasa para nada, no sabemos dónde vive ni nada, no está pasando para la comida ni nada”. “El jamás ha tenido un comportamiento como padre, desea más bien es el mal para nosotros, nos dice que nos va a hacer echar a la cárcel”.

En forma conteste declara otro de los hijos de los contendientes, quien agrega que cuando le piden al demandado plata para alimentos, les pega, lo cual también ocurre, cuando le dicen que no le pegue a la mamá. Agrega, que en una ocasión llegó a altas horas de la noche se orinó en la sala, sin respetarlos como hijos.

Se suma a lo anterior que el demandado, quien fue notificado en forma personal de la demanda, no la contestó, silencio éste, que conforme al artículo 95 del C. de P. C. debe tenerse como indicio en contra del extremo pasivo.

Se auna a lo dicho la petición formulada en forma oportuna por el señor Procurador Delegado en lo Civil para que se suspenda al padre en el ejercicio de la patria potestad.

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

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR los numerales primero, segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y octavo de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 16 de mayo de 1986, dentro del proceso abreviado de separación de cuerpos promovido por María de Jesús Plazas de Flórez contra Luis Enrique Flórez Arias.

Segundo. CONFÍRMASE el numeral cuarto, pero suprímese la expresión “y guarda”, que en él aparece.

Tercero. SUSPÉNDESE al demandado Luis Enrique Flórez Arias en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores Jamith Rocío, Luis Henry y Audrey Youleidy Flórez Plazas. En consecuencia, la patria potestad sobre los menores hijos

del matrimonio será ejercida solamente por la madre de éstos, María de Jesús Plazas de Flórez.

Sin costas en el recurso.

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



## REVISION

**Dado el carácter extraordinario de este recurso, es procedente únicamente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión propuesto por María del Carmen Torres de Rodríguez contra la sentencia de 7 de octubre de 1980 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por María Cenaida León frente a los herederos conocidos e indeterminados de Gregorio Leyva Prada.

### I. ANTECEDENTES

1. En la oportunidad legal correspondiente solicitó la recurrente que con audiencia de María Cenaida León, representada por su madre natural Santos León Rodríguez, de Plácida Leyva Prada vda. de Prada, Elena Prada de Esquivel, Elvira Prada vda. de Guayara, Aquilina Torres Esquivel, Benito Florentino Torres Prada, Pedro Torres Prada, Augusto Torres Prada y de los herederos indeterminados del causante Gregorio Leyva Prada, con apoyo en la causal séptima del artículo 380 del C. de P. C., se invalide la sentencia proferida el 7 de octubre de 1980 por el Tribunal Superior de Ibagué, decretando, en su lugar, la nulidad de todo lo actuado en el proceso "a partir de la presentación de la demanda en adelante o del auto que la aceptó".

2. Como hechos constitutivos de la pretensión impugnativa, se invocan, en síntesis, los siguientes:

a) Que la señora Santos León Rodríguez, obrando como madre natural de la menor María Cenaida León, confirió poder al doctor Luis Alfredo Conde C. para que iniciara proceso ordinario de filiación natural y petición de herencia contra la sucesión de Gregorio Leyva Prada, representada por Plácida Leyva vda. de Guayara y "demás herederos que se hicieren presentes en el juicio de sucesión";

b) Que en ejercicio del poder, el citado profesional por medio de libelo presentado el 18 de marzo de 1977, formuló la correspondiente demanda ordinaria contra las personas referidas y frente a las “demás personas indeterminadas que sean citadas al proceso, mediante emplazamiento y con designación de curador *ad litem*”, la cual fue admitida por providencia de 18 de marzo del mismo año en el Juzgado Civil del Circuito de Guamo, despacho éste que, entre otros pronunciamientos, dispuso notificar personalmente a las demandadas y emplazar por medio de edicto “a todas las personas indeterminadas que se crean con derecho a intervenir en la sucesión de Gregorio Leyva como herederos del causante ...”;

c) Que desde este momento se empezó a actuar inválidamente pues, por un lado se notificó en forma irregular el auto admisorio de la demanda a las herederas conocidas, y, por otra parte, en el emplazamiento se omitieron los requisitos exigidos por la ley, motivando, de contera, la defectuosa designación y notificación del curador *ad litem*;

e) Que agotado el trámite respectivo, el juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia, resolviendo en fallo de 14 de diciembre de 1979 acoger las pretensiones de filiación natural y petición de herencia deprecadas, el cual, una vez apelado por los apoderados de las partes, fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de Ibagué el día siete (7) de octubre de 1980;

f) Que la recurrente y los restantes demandados sólo vinieron a tener conocimiento de la sentencia el 3 de junio de 1982, fecha en que se presentó en el proceso de sucesión la solicitud de reconocimiento de heredera de mejor derecho por parte del Procurador Judicial de Cenaida León, pues, en relación con Elena Prada no tuvo apoderado; respecto de Plácida Leyva y Elvira Prada, sus abogados únicamente intervinieron después de producido el fallo de segunda instancia; y en cuanto a los demás herederos, en razón a que no actuaron en el proceso y porque el curador que se les nombró no adquirió nunca su representación, toda vez que el emplazamiento no estuvo bien efectuado;

g) Que en el proceso de sucesión de Gregorio Leyva Prada, seguido ante el Juzgado Unico Civil del Circuito de Guamo, fueron reconocidos por auto de 17 de noviembre de 1977, entre otros, los siguientes herederos: Aquilina Torres de Esquivel, Benito Florentino Torres Prada, Pedro Torres Prada, Agustín Torres Prada, Timoteo Torres Prada, Nicolás Torres Prada y la recurrente María del Carmen Torres de Rodríguez;

i) Que con apoyo en estos antecedentes, se cometieron los siguientes hechos constitutivos de nulidad, los cuales se resumen así:

1º Imprecisión del poder otorgado al apoderado para iniciar el proceso ordinario en cuanto no se dijo precisamente contra quiénes debía dirigirse la pretensión e incongruencia del mandato y la demanda respecto de las personas contra quienes ésta se dirigió, pues el libelo se encaminó contra personas indeterminadas para lo cual el mandato no se confirió (fls. 43 y 44, fotocopias, c. 1).

La señora Santos León Rodríguez, expuso la recurrente, en su calidad de madre natural de la menor infante María Cenaida León, confirió poder para que el

apoderado iniciara y llevara a su terminación proceso ordinario de filiación natural y petición de herencia contra la sucesión de Gregorio Leyva Prada representada por Plácida Leyva vda. de Prada, Elena Prada de Esquivel y Elvira Prada vda. de Guayara y "demás herederos que se hicieren presentes en el juicio de sucesión" y con desconocimiento de los artículos 65 y 70 del C. de P. Civil se agregó en el memorial que confería poder especial para que el mandatario, terminado el proceso de filiación y petición de herencia, representara a la citada infante en el de sucesión de su padre natural Gregorio Leyva Prada, "en su calidad de curador *ad litem*". De modo que el mandato no se confirió para "citar herederos indeterminados al proceso ordinario" y, por lo tanto, era un poder incompleto.

El apoderado al formular la demanda en escrito dirigido al Juez Civil del Circuito de Guamo, demandó las personas determinadas precitadas, y las "demás personas indeterminadas, que sean citadas al proceso mediante emplazamiento y con designación de curador *ad litem*", para lo cual no tenía mandato, lo que determinaba haber inadmitido el libelo.

2° Nulidad de la notificación del auto admisorio y del traslado de la demanda a los herederos conocidos, puesto que pronunciado el auto que admitió la demanda, el 30 de abril de 1977, comparecieron al despacho del juzgado Elena Prada de Esquivel y Plácida Leyva vda. de Prada y el secretario, sin indicar en el acta de cuál juzgado se trataba, notificó personalmente, "pero en forma conjunta", el auto admisorio. Esa notificación, agrega la impugnante, contraría el artículo 315 del C. de P. Civil, en congruencia con el 87 *ibidem* pues debía hacerse de manera separada a cada demandada. Como eran analfabetas debía firmar a ruego un testigo por cada una y dejar constancia que el testigo había presenciado el acto de la notificación, así como indicar desde cuándo comenzaba el traslado y que cada una recibía copias para dicho traslado; además, no se identificó el secretario que hacía la notificación.

En la notificación a la demandada Elvira Prada vda. de Guayara, hecha personalmente el 2 de mayo de 1977 y que manifestó no saber firmar, por lo que firmó un testigo a su ruego, no se dejó constancia de que el testigo había presenciado el acto de notificación, como tampoco el secretario lo identificó, ni se indicó desde cuándo empezaba el traslado.

Esas notificaciones sin los requisitos de ley, como lo a dicho la Corte en sentencia de casación de 14 de octubre de 1976, configura causa de nulidad conforme al numeral 9 del artículo 152 del C. de P. Civil.

3° Nulidad del emplazamiento a "las personas indeterminadas", del nombramiento del curador *ad litem* y de la actuación de éste, pues, como afirmó arriba, el apoderado no tenía encargo para demandar a indeterminados; luego aunque en el auto admisorio la demanda se admitió contra todas las personas indeterminadas que se creyeran con derecho a intervenir en la sucesión intestada de Gregorio Leyva Prada como herederos del causante, el edicto emplazatorio, hecho en cumplimiento de los artículos 81 y 318 del C. de P. C. fue irregular ya que se puede demandar a herederos indeterminados "sólo" cuando no se ha iniciado aún proceso de sucesión; si ya se ha iniciado debe demandarse a los herederos reconocidos y si el demandante lo quiere también a indeterminados que serán emplazados. En el edicto no se determinó la parte demandada, ni se indicó la naturaleza del proceso (ordinario de filiación natural

y petición de herencia). Se emplaza a "personas indeterminadas" que no es igual a "herederos indeterminados". De las publicaciones en el periódico, no se deduce el nombre del órgano de publicidad ni los intervalos de las publicaciones. La certificación del administrador de "Radio Lemayá" emite "un certificado ciertamente falso". Sin advertir esos errores, el juez designó ilegalmente un curador *ad litem*, auxiliar que se limitó a contestar la demanda para oponerse, pero ni siquiera apeló la sentencia. Como los emplazamientos eran irregulares, el curador nombrado no "adquirió" la debida representación y, por lo tanto, las personas indeterminadas quedaron sin representación, como lo ha dicho la Corte en sentencias de 30 de mayo de 1979 y 23 de mayo de 1980. No sobra anotar, dijo la recurrente, que las personas determinadas, analfabetas, no pudieron enterarse de lo ocurrido en el proceso ni actuaron después de la citada notificación personal que se les hizo.

4° Falta de citación a quienes debía convocarse para integrar el contradictorio, como herederos de Gregorio Leyva Prada. El Juez Civil del Circuito de Guamo, por auto de 17 de noviembre de 1977, reconoció como herederos de Leyva Prada, entre otros, a: María del Carmen Torres de Rodríguez (la aquí recurrente), Aquilina Torres de Esquivel, Benito Florentino Torres Prada, Pedro Torres Prada y Agustín Torres Prada y admitió la renuncia al mandato que tales herederos habían conferido para que los representaran en el sucesorio, apoderados que lógicamente no volvieron a intervenir en la mortuoria. En el proceso ordinario no intervino ninguno de los nombrados herederos, no obstante que en el poder que para dicho proceso se confirió, se autorizaba para citar a toda persona que se reconociera como heredero en la sucesión y como se pidió en la demanda. Esa situación no podía ser desconocida por el fallador puesto que tanto la sucesión como el ordinario cursaban en su despacho, máxime cuando el auto pronunciado en el proceso sucesorio reconociendo a dichos herederos es de 17 de noviembre de 1977 y la sentencia de primera instancia en el ordinario de 14 de diciembre de 1979. De modo que tanto la demandante en el asunto ordinario como el juez que conocía de los dos procesos, sabían de esa situación. Como el heredero posee la herencia desde cuando ésta se delata, o sea desde la muerte del causante, y como la pretensión de restitución de bienes debe dirigirse contra el poseedor, síguese que siendo varios se ha formado entre ellos un litisconsorcio necesario y por consiguiente la pretensión tiene que encaminarse contra todos, sin que pueda fallarse de mérito sin la citación de todos, como lo ordena el artículo 83 del C. de P. Civil. Como el juez que conoció del proceso ordinario fue el mismo que conoció del de sucesión y que había dictado el auto reconociendo herederos, no podía ignorar que además de las demandadas existían otros herederos reconocidos, luego tenía el deber que le imponen el precitado artículo 83 y el 403 del C. de P. C. de integrar el contradictorio, deber que el juzgador no cumplió y omisión que no se suplió con el curador *ad litem* porque dicho auxiliar se designó irregularmente y no adquirió representación. De modo que tanto la filiación como la petición de herencia debían haberse denegado, con lo que, por este motivo, se configuró la causal del numeral 7 del artículo 380 del C. de P. C.

5° Privación para las partes "y especialmente para la parte demandada de la práctica de la prueba consagrada en el artículo 7° de la Ley 75 de 1968, que la Corte ha considerado obligatoria". Esa privación se produjo, asegura la recurrente, por no ser citada al proceso ordinario y porque el juez, debiendo decretarla de oficio, no lo

hizo. Como en los procesos de filiación esa prueba es necesaria, al no decretarse se desconoció el debido proceso, violando el artículo 26 de la Constitución y produciéndose nulidad que debe declararse "en bien de la moral y la justicia", declaración que no se opone a la especificidad de las nulidades procesales en razón de que la prueba de peritos que ordena el artículo 7° de la Ley 75 de 1968 es la que en los procesos de filiación hace efectivo el derecho de defensa.

3. Enterada la demandada María Cenaida León, de la pretensión de revisión desconoció el traslado del recurso, respondiéndolo en el sentido de oponerse a sus peticiones. En cuanto a los hechos, fundamentalmente afirmó que al contrario de lo expuesto por la recurrente, el proceso se tramitó en debida forma, haciendo especial énfasis en que las tres herederas reconocidas para cuando se inició el proceso ordinario fueron notificadas regularmente, lo mismo que los demás herederos a través del emplazamiento que se les hizo, por cuanto éstos últimos fueron reconocidos en la sucesión como tales sólo después de presentada la demanda ordinaria; así mismo afirmó que solamente podrían impugnar la sentencia por los motivos indicados en la demanda de revisión las personas eventualmente afectadas con esas irregularidades y no la recurrente, y que en materia de filiación y de petición de herencia no existe ningún litisconsorcio necesario.

Aquilina Torres de Esquivel, Florentino Torres, Pedro Torres, Agustín Torres, así como Helena Prada de Esquivel, Elvira Prada vda. de Guayara y Plácida Leyva Prada vda. de Prada, reconocieron como ciertos los hechos invocados por la recurrente y, por ende, no se opusieron a la pretensión de revisión suplicada.

Igualmente, fueron emplazados por edicto ordenado por esta corporación los herederos indeterminados de Gregorio Leyva.

4. Adelantadas las diligencias propias tendientes a la reconstrucción del expediente, dentro de las cuales se aportaron algunos medios de prueba que obraron dentro del mismo, se declaró reconstruido, observándose así que el proceso se encontraba al momento de su destrucción total para recibir fallo por cuanto, vistos los escritos presentados por los interesados, es claro que ya se había consumado el término para que las partes presentaran el alegato correspondiente.

Agotada, entonces, como se encuentra la tramitación del recurso extraordinario de revisión procede la Corte a resolverlo, puesto que ningún reparo merecen los presupuestos procesales, ni se advierte nulidad alguna que pueda invalidar la actuación.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En el sistema positivo colombiano, por ser la revisión un recurso eminentemente extraordinario, lo reserva la ley para impugnar sólo ciertas providencias, esto es, las sentencias que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada; únicamente se autoriza por los motivos taxativamente establecidos por el legislador, y los poderes del juzgador llamado a decidirlo están igualmente limitados.

En consecuencia, atendida su naturaleza restringida, para su procedencia no es suficiente que la sentencia haya sido irregularmente proferida o que esté mal fundada, sino que es menester la expresa invocación y demostración por el recurrente de las

precisas hipótesis consagradas en las causales establecidas en la ley. De ahí que la jurisprudencia de la Corte sostenga que este recurso en manera alguna autoriza al recurrente para adoptar en su formulación una conducta amplia, porque este medio de impugnación no es el campo propicio para replantear el litigio decidido, ni menos para subsanar omisiones, ni una nueva oportunidad para mejorar las pruebas, proponer medios de defensa preteridos o no alegados en el debate original.

Ciertamente, ha dicho la Corte que “el recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigiosos y decididos previamente; o a ofrecer un medio para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir; o para variar la causa *petendi*, permitiendo la alegación de hechos no comprendidos inicialmente en ella; o a dar una nueva oportunidad de proponer excepciones no alegadas en el lapso debido; o a impedir la ejecución de la sentencia como viene sucediendo últimamente. Es decir, el recurso de revisión no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira fijamente la entronización de la garantía de la justicia, al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostenten el sello de la cosa juzgada material (Cas. Civil de 11 de junio de 1976, G. J. CLII, 191, 14 de diciembre de 1976, 18 de abril de 1979, 9 de noviembre de 1979, 4 de febrero de 1981, aún no publicadas).

La naturaleza señaladamente excepcional de este recurso extraordinario significa, entonces, que únicamente sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el artículo 380 del C. de P. C. y que, además, tales causales sean de interpretación restrictiva y por supuesto demostradas.

2. Dentro de los motivos expresamente señalados por la ley como causal de revisión, está, según el numeral 7 del artículo 380 del C. de P. Civil, el “estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no se haya saneado la nulidad”, que es precisamente la invocada por la impugnante.

Y como analizada la demanda de revisión se observa que la recurrente expresamente contrae la nulidad alegada a los supuestos previstos en los numerales 8° y 9° del artículo 152 *ibidem*, la Corte limita sus consideraciones al estudio de estas situaciones.

Cábe observar, antes de adentrarse en el estudio de los motivos de nulidad que señala la recurrente, que las tres demandadas determinadas, Plácida Leyva vda. de Prada, Elena Prada de Esquivel y Elvira Prada vda. de Guayara, otorgaron mandato judicial en escrito que se ve presentado el 25 de mayo de 1977 (fls. 65 y 66, fotocopias) y que por intermedio de su mandatario procesal contestaron la demanda en la que se opusieron a las pretensiones y no reclamaron por la forma como se les notificó (fls. 67 a 69).

El edicto por medio del cual se emplazó a personas indeterminadas, lo fue para todos quienes creyeran tener derecho a intervenir como herederos de Gregorio Leyva Prada “en el presente proceso ordinario, propuesto por Santos León Rodríguez (representante de la menor María Cenaida León) contra la sucesión anteriormente enunciada” (fls. 64, 70, 71 y 72, fotocopias). Se encuentra la certificación del

administrador de "Radio Lemayá" acerca de las publicaciones del edicto (fl. 73) y, además, se aportaron los originales de las publicaciones de ese edicto (c. 3).

Como consecuencia de dichos emplazamientos, el juez designó el curador, el que posesionado y discernido el cargo, se le notificó la admisión de la demanda y se le corrió el traslado (fls. 74v. 76, 76v. y 77), auxiliar que se opuso a las peticiones y pidió pruebas (fls. 78 y 79).

La aquí recurrente María del Carmen Torres de Rodríguez fue reconocida en la sucesión de Gregorio Leyva Prada como heredera por derecho de representación de su madre Candelaria Prada, hermana natural del causante Leyva Prada, por auto de 17 de noviembre de 1977 (fls. 114v. a 115v.).

Adviértese paladinamente el último inc. del artículo 155 del C. de P. C. que la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, "sólo podrá alegarse por la persona afectada".

Como es jurisprudencia de la Corte, la ley señala la persona legitimada para invocar las causales de nulidad procesal, taxativamente descritas en la misma ley, sin que le sea dable a otra persona invocarlas.

La precitada disposición está en consonancia con la previsión del segundo aparte del artículo 154 *ibidem*, conforme con la cual la parte indebidamente representada o que no fue legalmente notificada o emplazada, "podrá alegar dicha nulidad mediante recurso de revisión".

Es, pues, la persona indebidamente representada, o la que no fue legalmente notificada o emplazada, la única con derecho suficiente para invocar el motivo, y por supuesto demostrándolo, en orden a obtener el quiebre de la sentencia pronunciada con desmedro de su derecho de defensa.

Respecto de la indebida representación, además, tratándose de apoderados judiciales, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 152, tan solo se configura la causa de invalidez "por la carencia total de poder para el respectivo proceso".

De modo que los motivos expuestos por la recurrente, fundados en defectos del mandato judicial que se otorgó para iniciar y adelantar el proceso de filiación natural y petición de herencia; las inconsonancias entre el mandato judicial y la demanda; el dirigir las pretensiones contra personas indeterminadas; la notificación conjunta a dos de las demandadas, firmando a ruego un solo testigo sin la constancia de si presenció el acto de enteramiento y sin constancia desde cuándo comenzó el traslado de la demanda, irregularidad común a la notificación de Elvira Prada vda. de Guayara, son hechos que tan solo las personas afectadas con las irregularidades, si existieren, tenían derecho a alegar como configurantes de nulidad. Esto es, la menor demandante por los defectos en el mandato y en la demanda y las demandadas por los vicios en los actos de notificación personal del auto admisorio y de traslado de la demanda. Pero en manera alguna la recurrente que no fue demandante ni a ella se le notificó auto admisorio de demanda con defectos como los que anota.

Ha dicho la Corte: "Si fueren necesarios otros razonamientos para rechazar el cargo que aquí se considera, habría que recordar que como las recurrentes no son las personas que éstos dicen estuvo mal representada en el proceso, carecen de interés

para alegar la nulidad que, como se ha dicho, está establecida exclusivamente para proteger los fueros de la defensa de quien ha estado mal representado.

“Apoyada en el principio de la protección que es dominante en materia de nulidades procesales, desde vieja data viene sosteniendo esta Sala que la indebida representación de las partes en el proceso, como causal de nulidad no puede ser invocada en casación sino por el litigante que no estuvo debidamente representado. Y esta doctrina no sólo no ha perdido vigencia, sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155 del C. de P. Civil, conforme al cual ‘la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma’, ‘SÓLO PODRÁ ALEGARSE POR LA PERSONA AFECTADA’ (Relieva la Corte)” (Cas. Civil, abril 16 de 1979).

Igualmente, en otra oportunidad expresó esta corporación:

“Resulta de lo anterior que las nulidades por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, no pueden ser invocadas eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser en ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios...” (Cas. Civil 11 de octubre de 1977; marzo 27 de 1981).

Con lo que toca con el emplazamiento hecho según los artículos 81 y 318 del C. de P. C. es de relevar primeramente que la forma del edicto se acomoda a las exigencias del citado artículo 318, por cuanto, entre otras cosas, se indica que se trata del proceso ordinario adelantado contra la sucesión del causante Leyva Prada. Sus publicaciones, conforme a los ejemplares traídos y a la constancia en torno a la emisora “Radio Lemayá”, se ajustan formalmente a las prescripciones de la ley.

Ahora bien. Que el curador *ad litem* designado a las personas indeterminadas —entre las que estaría la aquí recurrente— se limitara a oponerse a la demanda y no apelara del fallo, son cuestiones que no alcanzan a significar indebida representación de los emplazados, porque cumplidos el emplazamiento y las publicaciones, se asegura la posibilidad de concurrencia al proceso. Además el auxiliar se opuso a las pretensiones y si la sentencia fuere desfavorable a los demandados debía surtir el grado de consulta.

*En el proceso de filiación natural y petición de herencia adelantado frente a cónyuge supérstite y a herederos del presunto padre, fórmase es cierto un litisconsorcio pasivo pero no necesario, como se deduce del texto del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 cuando dice: “Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge” y agrega: “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 ...”.*

*El artículo 404 del C. C. aplicable al de filiación natural como lo manda el 10 de la Ley 75, prescribe que los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia “y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron”.*

*Luego no es indispensable la citación de todos los herederos del causante para poder pronunciar sentencia de mérito, como en caso de litisconsorcio necesario lo exige*

*el artículo 83 del C. de P. C. De manera que el no haber citado oficiosamente al proceso de filiación a todos quienes aparecían reconocidos como herederos en el de sucesión, no implica haber pronunciado una sentencia ineficaz.*

*En relación con el tema, ha dicho recientemente la Corte reiterando una jurisprudencia uniforme: "pero no habiéndose entablado la acción contra el legítimo contradictor en esta cuestión de paternidad, sino contra sus herederos, caso en el cual la sentencia produce efectos relativos y no absolutos, no se trata de un litisconsorcio necesario sino de uno meramente facultativo o voluntario, puesto que el demandante por no existir el legítimo contradictor, en aras de la economía procesal ha citado a sus dos demandados en un procedimiento único por estar vinculados por una relación sustancial común".*

*"Es decir, que el número plural de demandados en el proceso ha dependido exclusivamente de la voluntad del demandante, y no porque estuviera necesariamente obligado a instaurar un proceso único para obtener una sola decisión, que los obligue y los vincule a todos por la inescindibilidad de la situación jurídica que impida solución distinta para cada uno de ellos" (Tomo CXLIII, pág. 90). Y en otra ocasión dijo la Corte: "En este proceso, por estar ya muerto el presunto padre natural, se inició contra sus herederos ... El litisconsorcio pasivo así formado entre éstos, no es necesario como erradamente lo afirma el impugnador, sino meramente facultativo o voluntario, pues nada impedía que la pretensión se hubiera deducido solamente contra uno o varios de ellos. La sentencia en tal caso, sólo aprovecharía o perjudicaría a quienes fueron citados al juicio" (LXXVI, pág. 261; CXLII, pág. 52).*

Por lo que a la falta de decreto y práctica de la prueba prevenida por el artículo 7º de la Ley 75 de 1968 se refiere, es de sostener, en primer lugar, que este hecho no es constitutivo de nulidad alguna, por lo que su alegación queda por fuera de las hipótesis taxativamente previstas en el artículo 152 del C. de P. C.; y que si bien es verdad que con su establecimiento ha querido el legislador brindar un medio de convicción que asegure con mayor solidez el juicio del fallador, no constituye en manera alguna una prueba de inexcusable práctica, hasta el punto de ver en ella la base del derecho de defensa en los procesos de filiación y que, por ende, su omisión tenga el alcance de desconocer dicho derecho y por supuesto el debido proceso. En manera alguna tiene dicha prueba esa entidad. Y muchísimo menos frente al principio consagrado en el artículo 187 del C. de P. C. que, luego de erigir en regla positiva el criterio de la sana crítica en la valoración probatoria, le manda al juez valorar las pruebas en conjunto.

En conclusión, los motivos contenidos en los hechos que la recurrente expuso en su demanda de revisión, no dan en modo alguno base para anular la sentencia como lo pretende, lo que conduce a declarar infundado el recurso, condenarla en las costas de esta actuación y en los perjuicios a favor de la parte demandante en el proceso de filiación. Los perjuicios se liquidarán conforme al artículo 308 del C. de P. C. y para su pago se hará efectiva la caución prestada por la recurrente.

#### DECISIÓN

Con fundamento en lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el recurso extraordinario de revisión que por intermedio de procurador judicial promovió María del Carmen Torres de Rodríguez contra la sentencia de siete (7) de octubre de mil novecientos ochenta (1980), pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario de filiación y petición de herencia de María Cenaida León frente a sucesores de Gregorio Leyva Prada.

CONDÉNASE en las costas y perjuicios a la parte recurrente. La cuantía de estos últimos se regulará de acuerdo con el artículo 308 del C. de P. Civil. El pago de las costas y perjuicios se hará con la caución prestada.

Devuélvase el expediente contenitivo de la sentencia impugnada al juzgado de origen.

Cópiese y notifíquese.

*José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## ACCION REIVINDICATORIA

**El demandado que ha poseído por más de veinte años el inmueble tiene dos opciones: una, proponer la excepción de prescripción de la acción reivindicatoria y otra, formular la acción de prescripción adquisitiva del dominio a través de demanda de reconvención. Efectos que se producen en cada caso.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., veintiséis (26) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de los demandados contra la sentencia de 30 de mayo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de Luis Enrique Polanía Gutiérrez contra Abraham Suárez Vanegas y Abraham Grimaldo.

### I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación, Luis Enrique Polanía Gutiérrez demandó a Abraham Suárez Vanegas y a Abraham Grimaldo, para que con su citación y audiencia y previo el rito del proceso ordinario, se declarara que le pertenece el dominio pleno y absoluto del fundo rural denominado "Loma de Atillo", situado en la vereda Catalán de la comprensión municipal de Prado, junto con las mejoras allí existentes, debidamente individualizado, tanto en el *petitum* como en la causa *petendi* de la demanda; y que como secuela de esa declaración se condene a los precitados demandados a restituírselo, junto con las mejoras y el valor de los frutos naturales y civiles; se les condene también a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 965 del Código Civil, por ser poseedores de mala fe, y, finalmente, se ordene la inscripción del fallo correspondiente en la competente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

2. Adujo el demandante como hechos básicos de la pretensión anterior los que a continuación se sintetizan:

a) Que es dueño de la precitada heredad por haberla adquirido de Ignacio Polanía Gutiérrez, por compra que hiciera mediante escritura número 25 de 21 de

enero de 1945 de la notaría de Purificación, registrada el 7 de octubre de 1947 en el Libro Primero, Tomo 7º, página 113, partida número 671, sobre la que ejerció y ha ejercido actos de dominio como señor y dueño, pues la ha cercado, desmontado, la ha ocupado con animales y ha pagado los impuestos prediales respectivos, y que no ha enajenado, vendido ni prometido en venta;

b) Que desde el año de 1970 se encuentra privado de la posesión material de dicho bien, por cuanto los demandados la detectan de mala fe, clandestina y violentamente, pues no tienen permiso de construir, “ni de meter ganados, ni arrendar, ni la han recibido en arriendo, ni mucho menos se les ha prometido en venta, ni se les ha hecho promesa de venta, ni se les ha vendido”;

c) Que los demandados entraron en posesión de dicho fundo amparados en un contrato de compra venta celebrado con Rafael Jiménez “que tiene fecha de 1956, pero dicho documento sólo lo legalizaron el 6 de mayo de 1970, es decir, se reconoció el documento y se autenticaron las firmas, como también en esa fecha —1970— se pagó el impuesto de timbre legal”;

d) Que con Rafael Jiménez, quien le vendió a Abraham Suárez Vanegas y le dio la posesión del predio “Loma de Atillo”, nunca realizó contratos de venta, ni mucho menos prometió venderle o arrendarle el aludido predio, ni le dio permiso para ejecutar obras de dominio ni posesión sobre él ni para que levantara mejoras;

e) Que los demandados están en incapacidad legal de ganar por prescripción el dominio del fundo materia de la reivindicación.

3. El codemandado Abraham Suárez Vanegas replicó oportunamente la demanda, oponiéndose al despacho favorable de las pretensiones deducidas en ella, “por falta de causa o razón jurídica, desde luego que ... se ha ganado el dominio del inmueble objeto de la demanda, por medio de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dicho dominio; en cuanto a los hechos expresó que algunos no le interesaban, que otros debían probarse, que los demás no eran ciertos y en fin que ‘por haber comprado y recibido la posesión del predio de manos del señor Rafael Jiménez López, desde el mes de octubre de 1956, y por haber tenido y ejercitado tal posesión con ánimo de dueño, desde tal año y en forma tranquila, ininterrumpida y sin consentimiento de persona alguna ... se ha ganado el dominio de tal predio por medio de la prescripción adquisitiva extraordinaria’ y que ‘Abraham Grimaldo no tiene esas pretensiones porque ha ejecutado mejoras con órdenes o instrucciones’ ...” suyas, o sea, su legítimo poseedor.

4. La primera instancia concluyó con sentencia de 11 de agosto de 1982, mediante la cual el juzgado del conocimiento declaró probada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, formulada por el mencionado demandado sobre el predio objeto de la disputa, se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones del actor y lo condenó a pagar las costas procesales respectivas.

5. Inconforme con esa determinación, el demandante interpuso recurso de apelación que el Tribunal Superior de Ibagué desató mediante sentencia de 30 de mayo de 1983, en la que revocó la impugnada, y en su lugar, accedió al despacho favorable de las pretensiones incoadas por el demandante y rechazó expresamente la

excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio "por improcedente".

6. Contra esta decisión la parte demandada interpuso recurso de casación, que debidamente rituado pasa a definirse ahora por la Corte, luego de la reconstrucción del expediente que contenía el referido proceso destruido en los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de memorar las pretensiones del actor, de resumir la oposición formulada por el demandado Abraham Suárez Vanegas y de sintetizar el recorrido del asunto en primera instancia, el Tribunal *ad quem* acomete el estudio de la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, con el fin de establecer si aparece probada, tal como la declaró el fallador de primer grado.

En desarrollo de ese planteamiento, el Tribunal comienza por precisar, de entrada, que la expresada excepción declarada en la primera instancia, por "el hecho de haber poseído el demandado Abraham Suárez Vanegas el inmueble litigioso por más de 20 años, con ánimo de señor y dueño, no podía alcanzar prosperidad y por lo tanto producir efecto legal alguno, pues como lo tiene sentado reiteradamente la Corte, para su prosperidad cuando se alega expresamente dominio por haberlo ganado por prescripción, se requiere la proposición de la demanda de reconvencción, siendo ineficaz alegar la prescripción como adquisitiva de dominio mediante el ejercicio procesal de la excepción, cuando por otra parte, ha sido propuesta con el lleno de los requisitos formales y dentro de la oportunidad procesal respectiva".

Para corroborar su aserto, el *ad quem* transcribe a continuación algunos pasajes de la sentencia proferida por esta corporación el 29 de septiembre de 1979, luego de lo cual remata:

"Entonces, si en el *sub lite*, el demandado Abraham Suárez Vanegas propuso la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, esto dando por sentado que se formuló con el lleno de los requisitos formales, dentro de la oportunidad procesal idónea, alegando expresamente dominio sobre el bien en litigio, por haberlo ganado por prescripción extraordinaria, sin haber propuesto demanda de mutua petición o de reconvencción; dicha excepción no podía alcanzar prosperidad, lo que implica que deba revocarse la decisión impugnada y en su defecto avocar el estudio de la pretensión reivindicatoria incoada".

Despejado este punto, el Tribunal aborda el examen de las condiciones requeridas para el buen suceso de la acción reivindicatoria, las que encuentra acreditadas en el plenario con las distintas pruebas incorporadas al expediente. Por tanto, se inclina por despachar favorablemente la gestión del demandante.

Sin embargo, al tratar del primero de los requisitos exigidos para el éxito de la acción reivindicatoria, el *ad quem* regresa sobre el documento aducido por el codemandado Suárez Vanegas como genitor de su posesión para precisar que "el documento que esgrime el demandado Suárez Vanegas como justificación de su posesión, al argumentar que adquirió el bien por haberlo comprado a Rafael Jiménez, en octubre de 1956, legalizado en 1970, no es idóneo para oponérselo al título

escriturario exhibido por el demandante con el propósito de acreditar la propiedad sobre el bien cuya restitución pretende, como quiera que se trata de bienes raíces, pues es la misma ley que obliga a quien pretenda demostrar propiedad sobre un bien de esta naturaleza, la aportación de la prueba eficaz para tal fin, que al efecto acompañó el demandante, en la escritura pública respectiva, de cuya suficiencia certifica el registrador donde descansa la inscripción de la misma”.

Y continúa: “Así que, demostrado que los opositores carecen de título idóneo para enfrentárselo al escriturario aportado por el demandante, y visto que, dicho título es anterior a la fecha de la iniciación de la posesión que alega el demandado Abraham Suárez Vanegas, cabe concluir que la pretensión reivindicatoria está llamada a prosperar”.

Posteriormente, al regular el punto atinente a las prestaciones mutuas, y especialmente al pretender establecer la buena o mala fe de los demandados en la posesión del disputado bien, el fallador de segunda instancia puntualizó: “Es el propio demandante quien en el hecho 5º expresa que los demandados han entrado a ejercer la posesión del predio ... amparados en que un señor llamado Rafael Jiménez le vendió el inmueble mediante un contrato de compra venta que tiene fecha de 1956, pero dicho documento sólo lo legalizaron el 6 de mayo de 1970, es decir, se reconoció el documento y se autenticaron las firmas, como también en esa fecha —1970— se pagó el impuesto de timbre legal”.

Y concluye: “Efectivamente a folios 57 y 58 del cuaderno de pruebas del demandante, aparece el mencionado documento que ha obrado en el proceso sin impugnación respecto a su autenticidad, a pesar de las informalidades de que adolece, por cuya razón debe ser apreciado válidamente aunado a los testimonios recepcionados a instancia de los demandados para deducir que realmente la oposición enfrentada especialmente por Suárez Vanegas si bien no es suficiente para quebrar la pretensión reivindicatoria, al menos es demostrativa de una conyicción justificativa de la propiedad y posesión que alegan para considerarlos como poseedores de buena fe”.

### III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos enfilea el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causa primera de casación que contempla el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, uno por la vía directa y otro por la indirecta, con invocación de idénticas normas legales como violadas por el sentenciador al proferir el fallo de segunda instancia, de los cuales el segundo será estudiado por la Corte, pues como se verá más adelante es suficiente para quebrar íntegramente esa sentencia.

#### *Cargo segundo*

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué de ser violatoria de los artículos 673, 762 (inciso 2º), 764, 765, 780, 1625 numeral 10, 2518, 2531, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil; 1º de la Ley 50 de 1936; 92 numeral 3º y 306 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación; y 946, 947, 950, 952, 961, 962 y 964 del Código Civil, por aplicación indebida, como consecuencia “del evidente error de hecho cometido por el Tribunal en la interpretación del escrito de respuesta a la demanda introductoria del proceso”.

Estructura esta acusación el recurrente señalando que el Tribunal de Ibagué, en el pasaje más adelante transcrito, dando por sentado que el demandado Abraham Suárez Vanegas propuso oportunamente en la contestación de la demanda y con la plenitud de los requisitos legales la excepción de prescripción, la rechazó sin embargo, por cuanto consideró que se trataba de la adquisición de dominio y el demandado la había propuesto sin formular demanda de mutua petición o de reconvencción.

Comienza el censor por puntualizar que el Tribunal “contrariando la evidencia, entendió que el demandado ejercitaba la ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA O que proponía la PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA COMO ACCIÓN, cuando en el escrito de respuesta a la demanda manifestó:

“... mi representado se OPONE a que se hagan las declaraciones impetradas en la parte petitoria por falta de causa o razón jurídica, desde luego que mi mandante se ha ganado el dominio del inmueble objeto de la demanda por medio de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dicho dominio” (fl. 25 del cdno. principal) (Mayúsculas y subrayas del texto).

Además, prosigue el recurrente, el demandado al responder los hechos 5º, 10º y 11º, dijo por intermedio de su apoderado: “... por haber comprado y recibido la posesión del predio de manos del señor Rafael Jiménez López desde el mes de octubre de 1956, y por haber tenido y ejercitado tal posesión con ánimo de dueño desde tal año y en forma tranquila, ininterrumpida y sin consentimiento de persona alguna, mi representado se ha ganado el dominio de tal inmueble por medio de la prescripción adquisitiva extraordinaria ... lo evidente es que mi mandante ha poseído el predio en forma material y con ánimo de dueño, desde el mes de octubre de 1956 ... que (el demandado) ha poseído y mejorado el predio durante más de 20 años continuos, con ánimo de dueño ...” (fls. 25 y vuelto del cdno. principal).

Sin embargo, de la claridad de estos párrafos que estructuran claramente la proposición de la excepción de prescripción extraordinaria, agrega el impugnante que el Tribunal dijo que ésta no podía reconocerse “porque como se había alegado por el demandado dominio por haberlo ganado por prescripción, la dicha prescripción tenía que alegarse a través de una demanda de reconvencción”, con lo cual confundió el ejercicio de una típica defensa con la formulación de una pretensión de dominio, es decir, confundió la oposición con la acción.

Luego de transcribir el pasaje de la sentencia del Tribunal en el que se niega el reconocimiento de la excepción alegada por el demandado por no “haber propuesto demanda de mutua petición o reconvencción ...” el recurrente precisa que el *ad quem* no captó el sentido del artículo 413 del Código de Procedimiento y olvidó que conforme al artículo 2538 del Código Civil “toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”.

Deduce entonces el impugnante que “es error notorio sostener que el demandado, en el escrito de respuesta a la demanda, solicitó que se hiciera, en su favor, una declaración judicial de dominio sobre la finca la “Loma del Atillo”, e igualmente es error manifiesto dejar de concluir que lo que el demandado expresó con su clara, sincera y frontal oposición fue que al demandante Polanía Gutiérrez se le había extinguido la acción para reclamar dominio sobre el predio litigado, precisamente en

virtud de haberse operado en favor de Abraham Suárez Vanegas la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, es decir, que por haberse extinguido la acción reivindicatoria a causa de la prescripción alegada por el demandado, la jurisdicción ya no podía acceder a las pretensiones de la demanda. En una palabra, el demandado en el escrito de respuesta, expuso los hechos configuradores de la excepción de prescripción extintiva, aunque la calificó como prescripción adquisitiva, "observándose que en ningún paso de la respuesta" pidió que por haberlo ganado por prescripción, se le declarara dueño de la "Loma del Atillo".

El censor resume lo dicho hasta ahora en los siguientes términos:

"Sin cometer yerro evidente no se puede negar que mi patrocinado, desde el mismo momento en que dio respuesta a la demanda, se opuso (y lo escribió con mayúsculas), a las declaraciones formuladas por Polanía Gutiérrez. Y no se limitó a rechazar la demanda sino que, de manera explícita, leal, sincera y frontal, discutió el derecho reclamado y alegó haberlo ganado él por prescripción, que es uno de los modos de adquirir el dominio de las cosas. Su alegación, entonces, desde luego que relató los hechos que la configuran a cabalidad, constituye indiscutible formulación de la Excepción de Prescripción" (Mayúsculas del texto).

Y después de transcribir algunos apartes del fallo de 9 de abril de 1969, relativos a las diversas modalidades que puede revestir el derecho de defensa del demandado, entre las que se encuentra la excepción, el censor remata el cargo con las siguientes reflexiones:

"Frente a la doctrina transcrita es forzoso concluir que si mi patrocinado no solamente manifestó en el escrito de contestación a la demanda, que se oponía a que se hicieran las declaraciones solicitadas por Polanía Gutiérrez, sino que alegó haberse extinguido el derecho de éste, porque él había ganado la propiedad total por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, con tales palabras y con tal planteamiento, de manera evidente, propuso la excepción de prescripción extintiva del derecho del demandante. El palmario error de hecho que llevó al Tribunal a creer que el demandado estaba solicitando una declaración judicial de pertenencia, que tenía que formularse a través de una demanda de reconvencción y que no podía hacerse en el escrito de respuesta al libelo, lo condujo a dejar de apreciar las declaraciones de Víctor Manuel Pomar, Luis Eduardo Leiva Caycedo, Efraín Niño y Jesús María Peña Portela (fls. 13 a 16 inclusive del cdno. de pruebas de la parte demandada y 6 a 8 del cdno. número 7), cada uno de los cuales a pesar de haber sido repreguntados personalmente por el apoderado del demandante, con firmeza y dando la razón de la ciencia de sus dichos, pues son vecinos de la parcela en litigio, afirman que Abraham Suárez Vanegas, mi patrocinado, desde el año 1956 entró a poseer a nombre propio la finca la 'Loma del Atillo' explotándola económicamente con construcción de viviendas, plantación de pastos, siembras de maíz y sorgo, construcción y reparación de cercas y dándola, a veces, en arrendamiento para fines agrícolas y pecuarios. Obsérvese cómo los testigos dan cuenta de cuál fue el origen de la posesión de mi defendido y de cómo éste entró a poseer porque Rafael Jiménez quien decía ser apoderado del demandante, le entregó el predio ahora litigado, sin resistencia de Polanía Gutiérrez, quien solo últimamente ha tratado de desconocer el negocio que celebraron Jiménez y Suárez".

## CONSIDERACIONES

1. Desde que entró en vigor la Ley 120 de 1928, no se tuvo duda alguna en Colombia el que esa ley permitía invocar la prescripción adquisitiva de dominio, en sus variedades de ordinaria y extraordinaria, para facilitar que muchas personas que hasta ese momento no podían obtener una declaración judicial de pertenencia sobre determinados bienes por haberlos poseído durante cierto espacio de tiempo, pudieran hacerlo mediante la proposición de demanda dirigida contra todas las personas que tuvieran o pudieran tener algún derecho sobre el bien respectivo, produciendo entonces la sentencia que tal cosa declarase efectos contra todos y pudiéndose de este modo sanear los títulos de la propiedad inmobiliaria.

Hasta ese momento dijo la doctrina y en particular lo afirmó el autor de la ley al explicar algunas de sus disposiciones, sólo se podía alegar la prescripción adquisitiva como excepción, esto es, como variedad de la defensa procesal, lo cual requería esperar a que algún interesado demandara al poseedor en aras de la recuperación del bien, y sin que la aducción de tal defensa, en caso de prosperar, le permitiera al demandado tener un título sobre la cosa, pues el triunfo del medio exceptivo tan solo producía enervamiento de la pretensión del demandante y sólo en relación con éste.

Por tanto, mientras rigió la Ley 120 de 1928 no hubo duda alguna en cuanto a que la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria podía ser invocada como acción o como excepción, siendo viable, en el primer caso, para lograr un título oponible a todo el mundo y, restringidos sus efectos en segundo, para enervar la pretensión del demandante.

Al ser derogada la precitada ley por los Decretos números 1400 y 2019 de 1970, dictados en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 4ª de 1969 (actual Código de Procedimiento Civil), el artículo 413 de tales ordenamientos conservó en esencia el instituto de la prescripción adquisitiva alegable como pretensión procesal en el llamado proceso ordinario y con efectos erga omnes por virtud de la necesaria citación de todos los que se crean con derechos sobre el respectivo bien. No se cambió, en consecuencia, aspecto alguno de la regulación anterior, sino que se le dio vida nueva a una institución que se consideró necesaria de ser mantenida por el legislador. Y por consiguiente, tampoco varió el principio conforme al cual la prescripción adquisitiva de dominio puede ser igualmente invocada como defensa procesal para oponerla a la pretensión de dominio, pero con efectos limitados al proceso en el cual se oponga como medio exceptivo.

2. Entiéndese así que la Corte, en la sentencia que el Tribunal de Ibagué transcribió como fundamento de sus conclusiones, haya precisado que hoy, al tenor de lo dispuesto por el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, la usucapión o prescripción adquisitiva, ya ordinaria, ya extraordinaria, es fundamento para proponer demanda de declaración de pertenencia de un bien y en tal caso la usucapión se ejerce como acción.

Dijo la Corte en el aludido fallo: (de 29 de septiembre de 1977 ordinario de Edgar Urdiola Ruiz vs. Leonisa Arboleda vda. de Hoyos, no publicada) "... hoy al tenor de lo dispuesto en el artículo 413 del C. de P. C., la usucapión o prescripción adquisitiva, ya ordinaria, ya extraordinaria, es fundamento para proponer demanda

de declaración de pertenencia de un bien. En tal caso la usucapión se ejerce como acción.

*“Del mismo modo, cuando es la persona del demandado quien pretende haber ganado por prescripción adquisitiva el bien cuyo dominio se litiga, para alcanzar la declaración de pertenencia, él ha de promover demanda de reconvención en que ejercite como acción, la prescripción adquisitiva”.*

Sin embargo, a renglón seguido esta corporación precisó: *“Pero si el demandado se limita a proponer excepción de prescripción sin que en demanda de mutua petición solicite que le declare dueño del bien litigado por haberlo adquirido por prescripción, entonces, así haya calificado la excepción como prescripción adquisitiva, debe entenderse que está alegando la prescripción extintiva; salvo que expresamente alegue dominio por haberlo ganado por prescripción, caso en el cual, por estarse proponiendo la prescripción como acción, debe rechazarse la excepción”.*

Síguese de lo últimamente transcrito, que si el demandado expresamente opone a la pretensión del demandante el hecho de haber poseído quieta y pacíficamente por veinte años o más el bien que aquél pretende reivindicar, obviamente está alegando en su defensa que el derecho alegado por el demandante se extinguió, como consecuencia evidente de haberlo ganado él.

Y no puede ser otra la consecuencia que de tal posición se desprenda, como quiera que llegar a conclusión contraria conlleva un contrasentido lógico y jurídico, ya que afirmar que el hecho de haber calificado el demandado su oposición como constitutiva de la alegación de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sin que de otra parte haya pedido que tal cosa se declare jurisdiccionalmente, llevaría al fracaso su oposición por el simple hecho de haberle dado nombre a la situación fáctica en que se funda; pero si, por el contrario, el demandado al alegar la excepción callare en hacer tal calificación y redujere por ende su oposición a probar los hechos en que la sustenta, ninguna duda tendría entonces el fallador para declarar la prosperidad de la excepción, limitada, como es apenas obvio, en todos sus efectos a quienes fueron parte en el proceso.

De tal manera que, cuando la Corte afirmó en la sentencia que le sirvió de apoyo al Tribunal para proferir la suya, que si el demandado expresamente alega dominio por haberlo ganado por prescripción, sin proponer demanda de reconvención para que tal cosa así se declare, ha de producir el efecto de rechazar la excepción, no pretendió afirmar que la prescripción adquisitiva no pueda proponerse como excepción, sino que no puede declararse el dominio alegado mientras la prescripción adquisitiva no se proponga como acción, impetrando la declaración respectiva mediante demanda de reconvención. *Por eso la misma corporación advirtió en el pasaje inmediatamente anterior que “si el demandado se limita a proponer excepción de prescripción sin que en demanda de mutua petición solicite que se le declare dueño del bien litigado por haberlo adquirido por prescripción, entonces está alegando la prescripción extintiva” de la acción propuesta por el demandante, que no es más que una aplicación ajustada del artículo 2538 del Código Civil, según el cual “toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”.*

3. En la especie de esta *litis*, encuentra la Corte que el *ad quem* incurrió ciertamente en el error de hecho, manifiesto y trascendente que le endilga la censura

en la apreciación del escrito contentivo de la réplica a la demanda incoatoria del proceso, como quiera que dedujo de su texto que el demandado estaba proponiendo la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, cuando en realidad estaba alegando la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria propuesta por el demandante Enrique Polanía Gutiérrez.

En efecto: el demandado Abraham Suárez Vanegas replicó el libelo incoatorio oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas por el demandante, por cuanto carecían de causa o razón jurídica, como quiera que se había ganado el dominio del inmueble objeto de la demanda, por medio de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, oposición que fundó en que “por haber comprado y recibido la posesión de manos de Rafael Jiménez López desde el mes de octubre de 1956; y por haber tenido y ejercitado tal posesión con ánimo de dueño, desde tal año y en forma tranquila, ininterrumpida y sin consentimiento de persona alguna se ha ganado el dominio del predio en litigio por medio de la prescripción adquisitiva extraordinaria”, con lo cual, bajo ningún respecto, propuso que se le declarara dueño del bien objeto de la controversia por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, sino que se le reconociera la excepción de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, por no haberla ejercido el demandante durante el tiempo en que el demandado estuvo poseyendo el bien que ahora se pretende recuperar.

De tal suerte que, aunque el demandado Abraham Suárez Vanegas no hubiese propuesto la excepción como prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y hubiese calificado la propuesta como adquisitiva de dominio, presentó los hechos configuradores de la primera, cuando relató como fundamento de su oposición que “por haber comprado y recibido la posesión de manos de Rafael Jiménez López, desde el mes de octubre de 1956; y por haber tenido y ejercitado tal posesión con ánimo de dueño, desde tal año y en forma tranquila, ininterrumpida y sin consentimiento de persona alguna se ha ganado el dominio del predio en litigio por medio de la prescripción adquisitiva extraordinaria”. Y en estas condiciones el Tribunal ha debido declarar probada la excepción de prescripción liberatoria de la acción propuesta por el demandante, pues ha debido entender, como lo ha enseñado la Corte en la sentencia que le sirvió de apoyo, que se estaba alegando la prescripción extintiva de la acción propuesta por el actor.

Como es claro que tal no fue la interpretación que el fallador *ad quem* le dio a la respuesta del libelo incoatorio, malinterpretando de paso la sentencia de la Corte en que fundó su decisión de negar el reconocimiento de la excepción de prescripción liberatoria alegada por el demandado, no hay duda de que el Tribunal incurrió en el examen de tal pieza procesal en error de hecho evidente y trascendente, que lo llevó a rechazar la excepción alegada por el demandado y a acceder a las pretensiones del demandante, infringiendo con su fallo el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil que le imponía el deber de estudiar la excepción que se desprendía de los hechos relatados por el demandado como base de su oposición. Y como secuela de la inaplicación de tal precepto, violó por aplicación indebida las normas reguladoras de la reivindicación, y por falta de aplicación las pertinentes de la posesión y la prescripción, enunciadas en la proposición de este cargo.

4. Por consiguiente, se impone el quiebre total de la sentencia de segunda instancia y su reemplazo con la sustitutiva que ha de proferir la Corte, colocada en sede de instancia.

#### IV. SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Los presupuestos del proceso, es decir, los requisitos legalmente necesarios para la regular formación y el perfecto desarrollo de la relación jurídico-procesal, se encuentran presentes. No amerita entonces la Corte, por este aspecto, impedimento que la inhiba para decidir en el fondo la cuestión controvertida en este proceso.

2. En el presente caso, Luis Enrique Polanía Gutiérrez promueve la acción reivindicatoria o de dominio, encaminada a obtener la recuperación del predio rural "Loma del Atillo", que dice pertenecer a él y del que se hallan en posesión los demandados Abraham Suárez Vanegas y Abraham Grimaldo.

Tradicionalmente la doctrina ha sostenido que los elementos axiológicos de tal acción, consagrada positivamente en el artículo 946 del Código Civil, son: a) derecho de dominio en el actor; b) posesión por el demandado; c) cosa singular reivindicable o cuota determinada de ella, y d) identidad entre el bien objeto de la recuperación y el posee el demandado.

Por tal razón, desde vieja data ha enseñado la Corte que "...para el éxito de las pretensiones del reivindicante, se hace necesario acreditar su derecho de dominio sobre lo que reivindica, porque el poseedor demandado se encuentra protegido por la presunción legal de ser dueño de la cosa que posee (art. 762 del C.C.). Es, igualmente, necesaria la prueba de que el demandado es poseedor de la cosa, porque la ley lo señala como la persona que debe responder de la pretensión reivindicatoria, pues cuando el sujeto pasivo no tiene la calidad jurídica de poseedor sino la de mero tenedor, como norma general, otras serían las acciones para recuperar el bien del detentador (art. 952 ib.). También se requiere que la cosa sea singular, esto es que se determine (arts. 945 y 949 del mismo Código). Finalmente, se precisa demostrar por el reivindicante que el bien perseguido es el mismo que posee el demandado porque, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte 'en tratándose de hacer efectivo el derecho, se ha de saber con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide, pues si el bien poseído es otro, el derecho no se ha violado y el reo no está llamado a responder' " (Cas. Civ. de 27 de abril de 1955, G.J. LXXX, 96; 16 de julio de 1985 sin publicar).

Dichos requisitos también se encuentran presentes en este caso, pues aparecen demostrados con la presencia en el expediente reconstruido, de los siguientes elementos de prueba:

a) Copia auténtica de la quinta (5ª) copia de la escritura número 25 de 21 de enero de 1945 de la Notaría del Círculo de Purificación en la que consta que el demandante Luis Enrique Polanía Gutiérrez adquirió por compra a Ignacio Polanía Gutiérrez una porción de terreno, integrante del predio denominado "Loma del Atillo", complementada con copia del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de dicha localidad. Se acredita así la propiedad del actor sobre la porción de terreno, materia de la recuperación, denominada "Loma del Atillo";

b) La afirmación del codemandado Abraham Suárez Vanegas de estar poseyendo el bien que por este proceso reivindica Luis Enrique Polanía Gutiérrez, contenida en el libelo de respuesta a la demanda, y las declaraciones de Víctor Manuel Pomar, Luis Eduardo Caycedo Leiva, Efraín Niño y Jesús María Peña Portela, comprueban la posesión del mismo predio por parte del codemandado Abraham Suárez Vanegas;

c) Los elementos de convicción arriba puntualizados, junto con la inspección judicial practicada al predio objeto de la controversia y la prueba pericial, ameritan de otro lado la singularidad del fundo rural denominado "Loma del Atillo" y la identidad de éste con el poseído por el demandado Abraham Suárez Vanegas.

Dedúcese de lo expuesto que, en principio, la pretensión reivindicatoria promovida por Luis Enrique Polanía Gutiérrez frente a Abraham Suárez y Abraham Grimaldo, respecto del predio "Loma del Atillo", está llamada a obtener la prosperidad reclamada por su promotor.

Sin embargo, también reposan en el expediente elementos de juicio que ponen de presente los hechos constitutivos de la excepción de prescripción extintiva o liberatoria de dicha acción, alegada oportunamente por el codemandado Abraham Suárez Vanegas, que consecuentemente la enerva y la torna impróspera.

En efecto: Previene el artículo 2535 del Código Civil que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se haya ejercido dichas acciones.

"Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

Pues bien: el codemandado Abraham Suárez Vanegas, para oponerse al despacho favorable de la pretensión reivindicatoria, alegó que se había ganado el predio en disputa por el modo de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, como quiera que había poseído dicho bien de manera quieta, pacífica e ininterrumpida por un espacio de tiempo superior a veinte (20) años, contados desde el mes de octubre de 1956 hasta la fecha de la presentación de la demanda que originó este pleito (23 de febrero de 1980), con lo cual puso de manifiesto que el demandante durante ese mismo espacio de tiempo no enderezó ninguna acción tendiente a la recuperación del bien, razón por la cual la acción reivindicatoria, para la época en que fue propuesta, ya había prescrito, pues no debe olvidarse que conforme al artículo 2538 *ejusdem* "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho".

Y este aspecto, es decir, el relativo a la posesión alegada por el expresado codemandado sobre el inmueble "Loma del Atillo" y al tiempo de su duración, se comprueba en este expediente reconstruido de manera fehaciente con las declaraciones de José de la Cruz Gracia, Luis Eduardo Leiva Caycedo, Efraín Niño y Víctor Manuel Pomar (fls. 36 a 42 de las copias del cdno. número 1), rendidas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Prado (Tolima) el 3 de julio de 1978, quienes exponiendo las ciencias de sus dichos y en forma espontánea, responsiva y completa, dada la antigüedad de los hechos narrados, dan cuenta del modo como el demandado Abraham Suárez Vanegas entró en posesión de dicho predio, de los diversos actos de señorío ejercidos por aquél en dicho bien y del tiempo que duró tal comportamiento, para lo cual bastan las siguientes transcripciones:

José de la Cruz Gracia (fls. 36 a 37 vuelto) afirmó conocer tanto al demandado Abraham Suárez Vanegas como al predio denominado “Loma del Atillo”, por haber sido criado en la vereda de Catalán comprensión municipal de Prado (Tolima) y por ese conocimiento dijo a la cuarta pregunta del cuestionario formulado en forma escrita por la parte demandada: “Sí eso, la de material está construida en el mismo lote, pues él tomó ese asunto en posesión por un negocio que hizo con don Rafael Jiménez, que don Luis había hecho un negocio con don Rafael Jiménez, entonces hicieron el acuerdo del negocio, entonces eso fue cuando don Rafael le vendió a don Abraham, entonces como yo ya había hecho el negocio don Rafael le pidió la manga a don Jesús Tovar que él se la tenía en arriendo para enmangar bestias las tenía Jesús Tovar y se la entregó entonces a Abraham él siguió en posesión de esa finca, entonces inmediatamente él tomó posesión de la manga, me buscó a mí para que le hiciera la primera casa que fue la de palma, yo le busqué la madera y busqué de maestro a Joaquín Perdomo, él fue el maestro que le hizo la casa y yo fui el ayudante, por eso certifico de la posesión de Abraham Suárez que tiene ahí, mas después no ha habido ninguno que haiga entrado a vivir ahí sino él hasta la presente”. Para responder la subsiguiente pregunta dijo: “Si él no ha tenido quién más lo venga a derrocar de ahí o pues ahí exclusivamente pues ahí muestra claro está que los naranjos se le han vuelto a secar pero los mangos sí están ahí, porque abajo en la vega de abajo tiene un mango también, no más”.

Luis Eduardo Leiva Caycedo (fls. 37 vuelto a 39 vuelto) también asegura conocer al demandado Abraham Suárez y al predio objeto del litigio, al primero cuando vivía en Tomogó y al fundo desde cuando era de propiedad de Salustiano Polanía, y por ello afirma lo siguiente: “Sí conozco la finca, esa toda, desde que era propietario don Salustiano Polanía, quien era el primer dueño y después vino la partición de bienes y de ahí le dejaron manga a Gustavo, Luis y Crencio, y son los que están ahí inmediato lo conozco desde mil novecientos cuarenta, que nosotros fuimos vecinos de ellos, primero fue vecino mi padre y ahora soy yo”. Y en punto a la posesión de Abraham Suárez dijo: “Pues Abraham tiene su lote donde construyó la casa de bahareque y alberca de cemento, su cocina, los mangos y el naranjo yo no me acuerdo. Eso lo hizo él ahí por compra que le hizo de la manga que se la vendió el compadre Rafael Jiménez, si no estoy equivocado eso fue como en mil novecientos cincuenta y seis eso sí no me acuerdo preciso y la otra casa, respecto a la otra casa la construyó fue Abraham Grimaldo Suárez, hijo de éste, esa sí la construyó Abraham hijo y han hecho eso la casa, los sanitarios y todo eso y eso lo ha construido por economía que él ha hecho trabajando en la represa primero con los alemanes y ahora último con Hidroprado que está trabajando y es con lo que ha economizado”. Y más adelante agregó: “Pues él desde que adquirió el terreno que se lo compró al compadre Rafael Jiménez, que se lo compró en mil novecientos cincuenta y seis él ha tenido ahí el dominio de eso, la casa no me acuerdo cuánto hace que la hizo, los mangos pues sí están produciendo hará unos cinco años, los sembró lo mismo que los naranjos porque producen a los cinco años, y a la fecha no ha tenido problema de eso”.

Efraín Niño (fls. 39 vuelto a 41) dijo, como el anterior, que también tenía conocimiento del demandado desde mucho tiempo atrás, comoquiera que había sido trabajador de él y del predio desde cuando era de Salustiano Polanía. Y luego de hacer un recuento de los distintos dueños de la finca “Loma del Atillo” concluyó que

“...después de eso estar en poder de Rafael Jiménez fue que pasó a manos de Abraham Suárez que ya cuando él se puso a edificar la primera casa que tiene dentro del solar, tomó posesión, sembró árboles y hasta la fecha”. Y más adelante añadió: “El, mejor dicho, él tiene de poseer eso por ahí del cincuenta y seis para acá de mil novecientos cincuenta y seis a la época en que estamos y ese es el detalle que yo puedo dar y de esa fecha acá él ha vivido ahí sin estorbación ninguna y sin que nadie le prohíba o lo estorbe de que no viva ahí, eso es todo, no supe por cuánto fue el negocio y sé que fue en venta pero no sé por cuánto ni en qué moneda le pagaría ni nada de eso”.

Víctor Manuel Pomar (fls. 41 vuelto a 42) luego de registrar el conocimiento personal del demandado Abraham Suárez Vanegas y el material de la finca “Loma del Atillo”, afirma que “...sí, todo eso lo conozco, él la está poseyendo desde mil novecientos cincuenta y seis, desde octubre de mil novecientos cincuenta y seis, eso lo compró él en tres mil seiscientos pesos, eso se lo compró a Rafael Jiménez López como que es... porque Rafael Jiménez era comisionado para venderla, eso es lo que me consta...”.

Y si con esas declaraciones queda establecido que el demandado Abraham Suárez Vanegas ha detentado la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida del predio “Loma del Atillo”, desde el año de 1956 hasta la fecha de la presentación de la demanda (febrero de 1980), también queda establecido que el demandante durante ese tiempo, muy superior a veinte años, no ejerció la acción reivindicatoria para procurar la recuperación del bien en su condición de dueño, inactividad que facultó al demandado para alegar y proponer los hechos narrados por los declarantes como liberatorios o extintivos de la acción propuesta, pues se ganó el derecho de reclamar para sí el dominio del inmueble disputado.

Por consiguiente, habiendo sido alegada oportunamente la excepción de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y suficientemente probados los presupuestos fácticos de ella, procede su reconocimiento para que produzca efectos, como antes se dijo, únicamente entre las partes contendientes y sin que ello signifique una declaración de dominio en favor del demandado, que sólo podría obtenerse, se repite, a través de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio propuesta como acción, como ya se explicó.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *CASA* la sentencia de 30 de mayo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de Luis Enrique Polanía Gutiérrez contra Abraham Suárez Vanegas y Abraham Grimaldo, y, procediendo como fallador de segunda instancia, revoca la de 11 de agosto de 1982, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Purificación y, en su lugar,

#### RESUELVE

*Primero.* DECLÁRASE probada la excepción de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria propuesta por el demandante Luis Enrique Polanía Gutiérrez

frente a Abraham Suárez Vanegas y Abraham Grimaldo, respecto del inmueble "Loma del Atillo", objeto de controversia en este proceso.

*Segundo.* Por consiguiente, DENIÉCANSE las pretensiones de la demanda presentada por Luis Enrique Polanía Gutiérrez y ABSUÉLVANSE a los demandados, Abraham Suárez Vanegas y Abraham Grimaldo de todos y cada uno de los cargos formulados en ella.

*Tercero.* CONDÉNASE al demandante Luis Enrique Polanía Gutiérrez a pagarle a los precitados demandados las costas procesales causadas en ambas instancias, cuyas liquidaciones se harán en la forma y términos previstos por el artículo 392-7 del Código de Procedimiento Civil.

*Cuarto.* Sin costas en el recurso extraordinario ante su prosperidad.

Publíquese, 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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## PRUEBA

**Principio de adquisición procesal o comunidad de la prueba. La ley en parte alguna vincula la admisibilidad de la prueba a su origen personal, o sea a la parte que la haya aportado.**

## REVISION

**Procedencia. Requisitos para que se configuren las causales previstas en los numerales primero y sexto del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.**

---

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Alfonso Buendía Rodríguez y Adelaida Bahamón de Buendía contra la sentencia de 3 de marzo de 1985, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso verbal que frente al primero de los citados instauró la sociedad Mobil Ami S.A.

### I. ANTECEDENTES

1. En la oportunidad legal correspondiente solicitan los recurrentes que con citación de la compañía Mobil Ami S.A. la Corte invalide la sentencia impugnada para que, en su lugar, se dicte la que en derecho corresponda.

2. En apoyo de la pretensión la parte impugnante, invocando las causales previstas en los numerales 1º y 6º del artículo 380 del C. de P. Civil, expuso los siguientes hechos:

a) Que la empresa Mobil Ami S.A. por medio de su representante legal, instauró proceso verbal de regulación de canon de arrendamiento contra Alfonso Buendía Rodríguez presentando como fundamento de la acción un contrato de arrendamiento suscrito en el año de 1971, en el que aparecen éste como arrendatario y Adelaida Bahamón de Buendía como fiadora, habiendo correspondido el conocimiento de este asunto al Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá;

b) Que el locatario tenía en arrendamiento la misma estación de servicio desde el año de 1955, siendo para la época su arrendadora la compañía Shell Colombia S.A., empresa ésta que a la vez era propietaria del inmueble por compra que hiciera a Carmen Atuesta vda. de Latorre mediante escritura pública número 6048 de 4 de diciembre de 1953, otorgada en la Notaría 4ª del Círculo de Bogotá;

c) Que el inmueble en donde funciona la estación, es el mismo contenido en la escritura referida, siendo sus linderos idénticos al que recibiera en arrendamiento primeramente de Shell Colombia S.A. y, luego, de Mobil Ami S.A., como puede colegirse del análisis comparado de estos documentos, ya que presentan sus linderos una similitud asombrosa;

d) Que la sociedad demandante aportó en el curso del proceso, y no con la demanda, las escrituras públicas números 7347 de 28 de diciembre de 1956 de la Notaría 4ª de Bogotá y 2810 de 1º de agosto de 1964 de la Notaría 8ª de Bogotá, las cuales distorsionaron la realidad en el proceso, pues, la primera ninguna incidencia tenía en el debate y la segunda hizo ver al juzgador que tenía en arriendo un globo de terreno tres veces mayor al que efectivamente estaba determinado en el contrato de tenencia, toda vez que este instrumento público hace relación a todas las estaciones de servicio que la Shell vende a Mobil Ami S.A. en diferentes lugares de Bogotá;

e) Que el documento que ahora se aporta con el recurso —escritura pública número 6048 de 4 de diciembre de 1953— maliciosamente no se allegó al proceso verbal por la compañía, ni podía aducirlo la parte recurrente porque desconocía la existencia del mismo, ya que hasta hace sólo un mes pudo localizar al señor José Ernesto Campagnoli, antiguo empleado de Shell Colombia S.A. quien le hiciera entrega del inmueble y sus instalaciones en el año de 1955, que le comunicó que en la Notaría 4ª de Bogotá reposaba la mencionada escritura;

f) Que en consecuencia, la omisión dolosa consistente en no aducir la parte actora la escritura varias veces referida, la imposibilidad en que estuvo de allegarla, pues estaba en poder de la compañía la aportación de otras escrituras que distorsionaron la verdadera identidad del inmueble objeto del arrendamiento, condujeron a que el Tribunal, con grave perjuicio para sus intereses, profiriera sentencia, como quiera que habiéndose fijado un canon sobre un inmueble distinto al que tuvo en cuenta el Tribunal, se reguló así mismo en forma desmedida la renta, esto es, sobre un terreno tres veces mayor al que aparece en la escritura número 6048 de 4 de diciembre de 1953 y en el contrato de arrendamiento, como que el bien entregado en esta calidad tiene una extensión aproximada de 12.000 V.2. y cuantitativamente el precio se hubiera rebajado en una tercera parte, o sea, a la suma de \$60.000.00.

3. Constituida la caución exigida por la Corte y luego de haberse recibido el expediente del juzgado de origen, por providencia de 17 de octubre de 1986 fue admitida la demanda de revisión, ordenándose correrla en traslado a la sociedad demandada.

Esta, oportunamente, le dio contestación, oponiéndose a las pretensiones de los recurrentes; en cuanto a los hechos, únicamente aceptó el primero relativo al contrato de arrendamiento que aportara para la iniciación del proceso verbal, dijo no constarle otros, y expresamente aseveró que no era cierto que el predio en donde se

encuentra la estación de servicio entregado en arrendamiento, estuviera integrado por un solo lote, como con mala intención lo exponen los demandantes, ya que el predio se encuentra compuesto por cinco lotes adquiridos así: cuatro de ellos por compra por parte de Shell de Colombia S.A. a la compañía de petróleos Shell de Colombia, según escritura pública número 7158 de 30 de diciembre de 1954 de la Notaría 4ª de Bogotá, y el quinto por venta que le hiciera a la primera sociedad aquí mencionada la señora Carmen Atuesta vda. de Latorre, mediante escritura pública número 2277 del 7 de mayo de 1957 otorgada en la misma notaría; además, manifestó que era falsa la alegación de la parte impugnante en cuanto a que desconocía la existencia de la escritura aportada a este recurso en razón a que durante el proceso verbal seguido en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá, en la audiencia celebrada el 8 de noviembre de 1983 presentó al despacho fotocopia auténtica de la escritura pública número 2810 de 1º de agosto de 1969 de la Notaría 8ª de Bogotá en donde consta, en el literal D., que el globo de terreno en donde funciona la estación de servicio Muzú está compuesto de cinco lotes, empezando por señalarse literalmente que el primero fue adquirido por la compañía de petróleos Shell de Colombia por escritura pública número 6048 de 4 de diciembre de 1953 de la Notaría 4ª de Bogotá. Por manera que —continúa afirmando la demandada—, “el demandado sí tuvo conocimiento dentro del proceso verbal del documento que presenta como sustento del recurso de revisión, ya que éste es señalado en forma expresa en la escritura pública número 2810 presentada al Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá, al alinderarse el lote número 1 de la estación de servicio, al cual la escritura número 6048 de 1953 corresponde y no la totalidad del predio como absurdamente lo pretende hacer creer, y además en la audiencia de fallo vuelve a mencionarse ésta cuando expresamente se dice que la Shell por escritura número 6048 de diciembre 4 de 1953 de la Notaría 4ª adquirió el lote número 1, y continúan relacionándose las escrituras mediante las cuales adquirió los otros cuatro lotes que componen la estación...” por todo ello, concluye que la lectura de todos los documentos conduce a demostrar que los linderos consignados en el contrato de arrendamiento corresponden a un inmueble integrado por los cinco lotes, mientras los de la escritura en mención únicamente al primero.

Simultáneamente se propuso la excepción previa de inexistencia de la parte demandada.

4. Decretadas las pruebas solicitadas por los recurrentes y la parte demandada, entre las cuales se ordenó tener en cuenta los documentos aportados al recurso así como todos los allegados al proceso en el que se dictó sentencia, siendo recepcionado igualmente en esta etapa, interrogatorio de parte a Alfonso Buendía, se dispuso dar traslado a las partes a fin de que formularan sus alegatos de conclusión, derecho éste que fue ejercido por ambas.

5. Tramitado entonces, en debida forma, este recurso extraordinario se procede a decidirlo ya que no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Previamente a considerar los fundamentos de las causales propuestas por la parte recurrente y examinar los elementos de prueba incorporados, en orden a lo

establecido por el inciso 5° del artículo 383 del C. de P. C. debe decidirse acerca del mérito de la excepción previa alegada por la parte demandada en la contestación de la demanda.

La sociedad demandada en este asunto, en escrito de 29 de octubre del año anterior, alegó como excepción previa la de inexistencia de la parte demandada, que sustentó en que como se trata de una persona jurídica, debía acompañarse con la demanda con que se interpuso el recurso, y como uno de sus anexos, la prueba de la existencia y representación de la nombrada sociedad. Como consecuencia, solicitó declararla probada y rechazar la demanda en virtud de que en estos asuntos no hay lugar a inadmisión ni al otorgamiento de término para corregir defectos formales.

Como prueba pidió que se tuviera la propia demanda.

El artículo 383 del C. de P. C. autoriza al demandado en el proceso del recurso de revisión para alegar como una de las excepciones previas la que en su numeral 3 el artículo 97 *ibidem* denomina inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.

El artículo 77 *ibidem*, exige acompañar con la demanda la prueba de la existencia de las personas jurídicas que figuren como demandantes o demandadas, salvo respecto de municipios y entidades de creación constitucional o legal (numeral 3) y en relación con las personas jurídicas de derecho privado, además la prueba de su representación (numeral 4).

Ciertamente con la demanda con que este proceso se promovió la parte demandante que lo propuso no acompañó con ella la prueba de la existencia y de la representación de la persona jurídica frente a la cual pretende la revisión de la sentencia. Pero es de advertir que al momento de admitir la demanda, obraba ya el expediente en que esa sentencia se pronunció y en él se encuentra el certificado de la Cámara de Comercio (fls. 2 a 6 c. 1 de dicho expediente) en el cual consta la existencia y representación de Mobil Ami S.A.

*Acerca de la admisibilidad de los medios probatorios, impera el principio de adquisición procesal o comunidad de la prueba, respecto de la cual ha dicho la jurisprudencia: "La ley en parte alguna vincula la admisibilidad de los medios de prueba a su origen personal, sino que estatuye simple y llanamente los cauces por los cuales deben llegar al informativo para que puedan ser estimados. Dentro de los principios elementales que condicionan el desarrollo del litigio civil se halla el conocido bajo el nombre de adquisición procesal, en cuya virtud se reputa que el material de decisión pertenece por entero, en primer lugar, a las partes en cuanto en él pueden fundar sus pretensiones y hallar la convicción de los hechos que en su concepto configuren la acción o la excepción y, en seguida, el juez, quien al referir las pruebas a la causa petendi no ha de discriminar si se produjeron como satisfacción de una carga procesal predeterminada o como aporte legítimo a la normal constitución del juicio o a su recta decisión" (Cas. 28 agosto de 1948... pág. 443).*

Por consiguiente, la excepción debe declararse no probada. Se impone, entonces, el estudio del recurso.

2. *Con fundamento en sólidos principios doctrinarios y jurisprudenciales, ha dicho la Corte que para que el recurso extraordinario de revisión tenga la virtualidad*

*de quebrantar la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada o que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, es menester que oportunamente se invoque y se demuestre plenamente por el interesado alguna de las causales expresamente previstas en la ley, pues ninguna otra puede utilizarse aún cuando se demostrara que en el proceso faltaron los elementos esenciales de la garantía de la justicia.*

*Y atendiendo al postulado de la presunción de legalidad y acierto que ampara la firmeza del fallo, igualmente se ha expresado que los vicios que pueden producir la anulación de una sentencia deben manifestarse necesariamente en relación con hechos o situaciones producidos o conocidos con posterioridad al pronunciamiento de la decisión que se pretende aniquilar con el recurso, en razón a que precisamente el desconocimiento de estos hechos al momento de resolver el litigio fueron los que le impidieron al fallador pronunciar una sentencia justa.*

*De esta manera se entiende que el recurso no está instituido para volver a plantear ante la jurisdicción los temas ya decididos, pues de ser así, si fuera posible una vez resuelto un proceso en forma definitiva replantear el debate, se entronzaría la inseguridad en las relaciones jurídicas que fueron ya discutidas: hoy, como también lo ha señalado esta corporación, este recurso no apunta exclusivamente al quiebre de las sentencias inicuas, vale decir, de las obtenidas con claro quebranto de la justicia (arts. 380 - 1 - 2 - 3 - 4 - 5 y 6), sino que busca también el imperio del derecho de defensa (arts. 380 - 7 y 8) o la tutela del principio de la cosa juzgada.*

*Luego, es claro que los aspectos formales de un fallo, los vicios o irregularidades que se pudieron cometer, el quebranto de la ley sustancial o procedimental o los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juzgador son extremos ajenos al recurso extraordinario, por ser justamente errores para cuya corrección se han consagrado los demás recursos. Sobre este preciso tema ha dicho la Corte:*

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

*“Ciertamente —dijo la Corte en sentencia de 22 de agosto de 1978—, ‘salvo en los supuestos previstos en las causales 7ª, 8ª y 9ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, todos los demás aspectos formales de una sentencia, como los demás vicios o irregularidades cometidos durante la tramitación del proceso que en ella se dicta, como el quebranto de la ley sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya incurrido el juez al proferirla, son, en principio, aspectos que no caben dentro de la órbita del recurso de revisión, por tratarse entonces de yerros para cuya corrección se han consagrado justamente los demás recursos. Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia a través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con hechos producidos o conocidos con posterioridad a la providencia decisoria, precisamente porque el desconocimiento de esas situaciones o hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa (Sentencia no publicada aún)’ ” (G.J.T. CLXV, pág. 36).*

3. En torno a la causal primera de revisión tiénesse dicho que para su demostración, es menester que por el recurrente se demuestren plenamente los siguientes requisitos:

a) Que halló, luego de proferido el fallo objeto de la revisión, una prueba de linaje documental.

Esta prueba, pues, debió existir desde el momento mismo en que se presentó la demanda o por lo menos desde el vencimiento de la última oportunidad procesal para aportar pruebas, no siendo admisible, en consecuencia, las que se encuentren o configuren después de pronunciada la sentencia;

b) Que este medio de prueba, ostente, por sí solo, el suficiente poder de convicción, de suerte que si hubiera obrado en el proceso la decisión forzosamente sería contraria a la pronunciada.

Con tal fin, debe entonces observarse el valor demostrativo del documento en su oportunidad, no siendo permisible en consecuencia, mejorar una prueba, o aducir o producir otra a continuación de la sentencia;

c) Que por fuerza mayor o caso fortuito o por la conducta de la contraparte se hubiere imposibilitado allegar la prueba documental.

En general, por fuerza mayor o caso fortuito debe entenderse "el imprevisto que no es posible resistir, como el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." (art. 1º, Ley 95 de 1980); es claro que estos hechos o actos, u otros semejantes, que enuncia el legislador requieren que sean imprevisibles o irresistibles, significando lo primero, un acontecer intempestivo, excepcionales o sorpresivo; y lo segundo, imposible, fatal, inevitable de superar en sus consecuencias.

Valga precisar que en cuanto a la aportación de documentos, refiriéndose la Corte a este mismo tema dijo que la fuerza mayor o el caso fortuito implican una verdadera Imposibilidad de aducirlos, y no una simple Dificultad, así ella se manifieste grande (CLXV, págs. 155 y 156).

Y en lo atinente a que no hubiera sido posible allegarlo por maniobra del contrincante, tal requisito requiere de dos presupuestos: la presencia del documento que hubiera podido servir de medio de prueba en manos o bajo el dominio de la parte contraria durante o antes de la tramitación del proceso revisado, y la participación de dicha parte en la retención de dicha prueba.

Desde luego, corresponde al recurrente la carga probatoria tendiente a demostrar que fue caso fortuito o fuerza mayor o conducta de su adversario lo que le impidió aducir al proceso esta especie de prueba, pues si no empieza por probar estos extremos inexorablemente el recurso interpuesto está llamado al fracaso.

4. Respecto a la causal prevista en el numeral sexto del artículo 380 de la ley rituaría, ha precisado la Corte que este motivo de revisión supone dos presupuestos: a) Que en el proceso en que fue proferida la sentencia impugnada hubiera existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes, y b) que esta conducta ilícita haya ocasionado perjuicios al recurrente.

*Acerca del alcance de esta causal, que prevé el aniquilamiento del fallo cuando han ocurrido hechos tan graves y censurables como la colusión o el fraude, ha expresado la Corte:*

*“El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sola la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido como atributo que le pertenece por esencia...” (LV, pág. 533). Y en otra oportunidad expresó esta corporación que “la colusión es el acuerdo malicioso de las partes en un proceso en perjuicio de otra o de un tercero...” (CLXV, pág. 190).*

5. Como ya quedó expresado, los recurrentes alegaron como fundamento de la revisión las causales acabadas de considerar, las que fundamentalmente hicieron consistir en que por obra fraudulenta de la parte demandante no pudieron aportar como prueba la escritura pública número 6048 de 1953, de la Notaría 4ª de Bogotá; y que este documento habría modificado la decisión adoptada en el proceso verbal, puesto que en él aparecen los verdaderos linderos del inmueble y no los que en extensión distinta tuvo en cuenta el Tribunal.

6. Revisado el proceso en el que se pronunció la sentencia impugnada, encuentra la Corte que, entre otros aspectos, el dilatado debate probatorio se concretó en ambas instancias a determinar la extensión y linderos del inmueble materia del arrendamiento.

En efecto, desde el momento mismo en que los peritos designados por el juzgado presentaron el experticio (fl. 114 cdno. 1º en la audiencia celebrada el 28 de noviembre de 1983, la parte demandada, ante la manifestación de los expertos en el sentido de que los linderos del bien eran los mismos contenidos en el contrato de arrendamientos, solicitó adición y aclaración del dictamen, objetándolo luego por error grave bajo el aserto cardinal de que el predio objeto del contrato no era igual por tratarse de dos inmuebles diferentes; y es así como en una de sus tantas manifestaciones al respecto, expresamente dijo que los peritos “no tuvieron en cuenta un plano pequeño de la estación de servicio arrendada por Mobil Ami a mi mandante en el cual se aclaran los cinco lotes que lo conforman y sus medidas”. Ordenada por el juez la aclaración solicitada, autorizándolos para “asesorarse de personas, datos y documentos que sean indispensables”, los auxiliares de la justicia en la audiencia de 5 de diciembre de 1983, textualmente expresaron que “para verificar los linderos del inmueble de la estación de servicio tuvimos en cuenta lo que consta en la escritura pública número 2810 de fecha 1º de agosto de 1969, de la Notaría 8ª de Bogotá, por medio de la cual la Shell Colombia S.A. transfiere a título de venta a la Mobil S.A., los derechos de dominio y posesión de un lote de terreno con sus mejoras y anexidades en donde se halla construida e instalada la estación de servicio que es objeto de este proceso...”, para concluir los mismos que, luego de visitar las Oficinas de Planeación Distrital y el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” así como de haberse asesorado de un arquitecto, los sectores en que se divide el lote forman un solo globo de terreno (fls. 116 vto. y 117 cdno. 1º). Posteriormente, y frente al

concepto de los expertos, en la misma audiencia la procuradora judicial de la parte demandada, objetó tal adición, razón por la cual el juzgado teniendo en cuenta que esta manifestación hacía referencia "a la ubicación del objeto arrendado mediante la identificación por sus linderos, señaló fecha y hora para practicar una inspección judicial, la que efectivamente se realizó, como consta en la diligencia de 9 de diciembre de 1983 (fl. 163 cdno. 1º). Seguidamente muestra el proceso que el despacho judicial decretó pruebas de oficio tendientes a acreditar, entre otras cosas, si el croquis presentado por los peritos "corresponde a la situación física actual del inmueble", cuestionario que a la postre fue resuelto por los expertos en la audiencia del 18 de mayo de 1984. Y en ésta, en la que se profirió el fallo de primera instancia, las partes al alegar de conclusión tornaron al mismo punto relativo a la identidad del inmueble, debiéndose resaltar que la parte actora al referir los linderos del bien citó expresamente la escritura pública número 2810 de 1º de agosto de 1969 y la forma como se adquirieron por Mobil Ami S:A. los cinco lotes, señalándose que el primero de ellos se realizó por escritura pública número 6048 de 4 de diciembre de 1954 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá.

Durante el trámite de la apelación, el Tribunal de oficio decretó varias pruebas, ordenando tener como tales varios documentos, y entre ellos, la escritura pública número 2810 de 1º de agosto de 1969 de la Notaría 8ª de Bogotá. Debe anotarse que la escritura en mención ya había sido aducida al proceso desde mucho tiempo atrás, tal como consta en la audiencia de conciliación de 8 de noviembre de 1983 (fl. 103 cdno. 1º) en la cual el juez ordenó agregar al expediente la copia aportada por el interesado.

Y el Tribunal al proferir la sentencia de segundo grado concluyó que analizando en conjunto los medios de prueba aducidos por las partes como las que de oficio decretó, podía inferirse que el predio dado en arrendamiento era el mismo que inicialmente refirieron los peritos.

7. La anterior relación de actos procesales, permite advertir fácilmente que habiéndose edificado la defensa sobre la afirmación radical que el contenido espacial del fundo no coincidía con el indicado en el contrato de arrendamiento, la cuestión litigiosa que ahora plantean los recurrentes como fundamento fáctico de las causales de revisión, es la misma debatida en el proceso verbal cuya sentencia impugnan.

Ciertamente, si debido a la confrontación que el demandado hizo respecto a los linderos indicados en la demanda y los que constan en la escritura pública aportada en una de las audiencias, así como a causa de lo que sobre el mismo punto dijeron los peritos, advirtió falta de correspondencia; y si estos aspectos fueron suficientemente conocidos por los jueces de instancia, por las partes y los auxiliares de la justicia, bien puede afirmarse que como lo que en este recurso se expone no son más que las mismas circunstancias que constituyeron el contradictorio dentro del proceso verbal, esta consideración es de por sí suficiente para negarle todo fundamento al recurso, pues, repítese, se trata es de replantear presuntas irregularidades que, en el evento de existir, serían inmanentes o internas al proceso en que se profirió la sentencia combatida, cuyo conocimiento, por lo mismo, se ubica antes del fallo y no solamente después de proferida éste.

8. Además, observa la Corte que el documento que ahora dice haber encontrado la parte recurrente si bien no obró en el proceso, no fue por conducta de la parte contraria, pues bien pudo aducirlo, ya que habiéndose allegado desde un principio la escritura pública número 2810 de 1° de agosto de 1969, ésta, en el literal D de una de sus cláusulas hacía expresa mención a la escritura pública número 6048 de 4 de diciembre de 1953; luego, tratándose de escritura, precisamente por ser pública, no estaba la parte recurrente en imposibilidad de aducirla a los autos, y menos puede afirmarse válidamente que como el actor la detentaba no se podía ubicar copia de ella en una de las notarías, puesto que el primero de los documentos referidos identificaba al segundo por su fecha y número de oficina notarial, advirtiendo, además, que en el proceso cuya sentencia se impugna no es necesario probar el dominio ni probar el contenido espacial de lo arrendado.

9. Por otra parte, tampoco aparece que la escritura número 6048 de 4 de diciembre de 1953 hubiera influido inexorablemente en la decisión, toda vez que aún en el supuesto de haberse allegado a los autos, no conduciría a demostrar que el inmueble fuera otro o que tuviera una extensión menor, pues lo cierto es que como lo admitió en el interrogatorio de parte uno de los recurrentes, lo indican los restantes documentos aportados al recurso y lo señalan los peritos que rindieron el dictamen, el predio en donde se encuentra la estación de servicio se compone de cinco lotes, correspondiendo, por tanto, la parte de que da cuenta dicha escritura a uno solo de ellos, y únicamente a los linderos Occidente y Norte del contrato de arrendamiento.

10. Bajo estas consideraciones, ni por asomo puede hablarse del empleo malicioso de ardidés o maniobras fraudulentas de parte del demandante. Por el contrario, si éste, no necesitando forzosamente allegar para la especie de proceso que inició escritura de adquisición de la propiedad, de todas maneras aportó exactamente la escritura pública tendiente a explicar los linderos y si, como quedó analizado los diferentes medios de prueba demuestran que el entregado a título de tenencia es semejante al contenido en este documento, no puede decirse que el actor estuviera simulando una situación jurídica distinta o que no fuera posible descubrir en su verdadero alcance, máxime que, reitérase la número 2810 de 1° de agosto de 1969, ponía de presente la escritura pública que dice la parte recurrente se le ocultó.

11. De todo lo expuesto puede concluirse que como la parte recurrente, a quien le correspondía la carga de la prueba, no acreditó los supuestos de hecho adecuados para que fuera aceptable el recurso de revisión que con apoyo en las causales primera y sexta impetró, forzosamente debe declararse infundado.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

1° DESESTIMAR la excepción previa de inexistencia de la parte demandada, propuesta por el demandado en el escrito de réplica.

2º DECLARAR INFUNDADO el recurso de revisión formulado por Alfonso Buendía Rodríguez y Adelaida Bahamón de Buendía, contra la sentencia de 3 de marzo de 1986 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso verbal que frente al primero de los recurrentes siguió la sociedad Mobil Ami S.A.

3º CONDENAR a la parte recurrente en revisión a pagar las costas y los perjuicios causados con la proposición del recurso extraordinario, perjuicios que serán liquidados en la forma prevista por el artículo 308 del C. de P. Civil. El pago de las costas y los perjuicios se atenderán con la caución prestada por los recurrentes.

4º Devuélvase el expediente contentivo de la sentencia cuya revisión se demandó, al juzgado de origen.

Cópiese y notifíquese.

*José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## DERECHO DE DOMINIO

La propiedad sobre un inmueble se demuestra con la escritura pública contentiva del título y el certificado expedido por la Oficina de Registro sobre su inscripción allí. No es menester que el registro aparezca en el cuerpo de la escritura. La modalidad del título y la inscripción por documentos separados es viable, pues hay integración probatoria.

## ACCION REIVINDICATORIA

Los reivindicantes no tienen que probar la posesión anterior sobre la cosa, por no ser elemento de la acción de dominio.

---

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., treinta (30) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de junio de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Anita Espitia Tovar, Ismael Aldana Parra y José Ignacio Rojas Carrillo frente a Hipólito Zambrano y Juvenal Sánchez.

### I. EL LITIGIO

Por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, Anita Espitia Tovar, Ismael Aldana Parra y José Ignacio Rojas Carrillo demandaron a Hipólito Zambrano y Juvenal Sánchez para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“1º Que pertenece a Anita Espitia Tovar, Ismael Aldana Parra, y al suscrito José Ignacio Rojas Carrillo, de las condiciones dichas, en común y proindiviso, y en la proporción de un 70% para la primera, y un 30% en común para los segundos, o a la comunidad integrada por dichas personas, en la proporción anotada, el derecho de dominio pleno y absoluto de un lote de terreno marcado con el número nueve (9), de la Manzana B, del plano de la urbanización “Estrella del Norte”, situada entre el segundo y el tercer puente de la Autopista Norte de Bogotá, D. E., Zona de Usaquén

el cual lote tiene una extensión de 391-50 m<sup>2</sup> o sean 611 v<sup>2</sup> más o menos, y que está comprendido por los siguientes linderos: Norte en longitud de 13-50 m con el lote número 15 de la misma Manzana B, de la citada urbanización. Sur, en longitud de 13-50 m con la Calle 158 de la urbanización, o de Bogotá, hoy Calle 159 de la nomenclatura urbana actual de Bogotá. Oriente, en longitud de 29-00 m con el lote número 10 de la manzana y urbanización, y Occidente en longitud de 29-00 m con el lote número 8 de la citada manzana y urbanización, hoy casa construida.

“2° Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados Hipólito Zambrano y Juvenal Sánchez, a restituir a las personas demandantes, o a la comunidad integrada por los demandantes, dentro del término que el juzgado determine, el inmueble descrito en el punto anterior.

“3° Desde ahora pido que si los demandados no hicieren la entrega oportuna, proceda el juzgado a hacerla como lo autoriza el artículo 337 del C. de P. Civil.

“4° Que se condene a los demandados nombrados a pagarnos a los demandantes citados o a la comunidad que integramos, en la proporción de nuestros derechos, dentro del mismo término fijado para la restitución del inmueble, el valor de los frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos, sino los que hubiéramos podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, mediante tasación por peritos, todos desde la fecha en que los demandados tomaron la posesión del lote, hasta el momento de la entrega o restitución.

“5° Que se reconozca y declare a los demandados Zambrano y Sánchez, como poseedores de mala fe, y por consiguiente se declare que los demandantes no estamos obligados a pago alguno por concepto de expensas necesarias determinadas por el artículo 965 del C. Civil.

“6° Se condene a los demandados Zambrano y Sánchez al pago de las costas de este proceso, en caso de que hagan oposición”.

Como hechos señalaron los demandantes:

Que ante el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá se adelantó la liquidación de la sociedad de hecho constituida entre Carlos Julio Campos Suescún y Anita Espitia Tovar, que terminó con la partición y adjudicación de los bienes; aprobada mediante sentencia de 10 de noviembre de 1980.

Que en la mencionada partición a los demandantes se les adjudicó en proporción de un 70% para Anita Espitia Tovar y de un 30% para los restantes, en común y proindiviso, 55 lotes de terreno de la urbanización “Estrella del Norte” de la ciudad de Bogotá, entre los cuales está el que se reivindica.

Que la partición se registró el día 16 de noviembre de 1980 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y al lote número 9 le correspondió el folio de matrícula inmobiliaria número 050-0039909.

Que una vez registrada la partición el expediente contentivo del proceso de liquidación citado fue protocolizado en la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá, mediante la escritura pública número 2414 de 29 de julio de 1981.

Que el lote demandado en reivindicación al igual que los otros lo había adquirido Carlos Julio Campos Suescún durante la sociedad de hecho con Anita Espitia Tovar, por compra hecha a la sociedad Delgado y Castro Ltda., según escritura número 4019 de 2 de octubre de 1968 de la Notaría Novena de Bogotá. A su vez la sociedad Delgado y Castro había adquirido en mayor extensión por aporte de Genaro Delgado Amaya y Gustavo Castro, por escritura número 2869 de 22 de junio de 1965 de la Notaría Cuarta de Bogotá y éstos de Max Zangen, según escritura número 5029 de 11 de octubre de 1963 de la Notaría Novena de Bogotá y éste lo hubo por adjudicación en el remate contra Guillermo Richard Konh adelantado en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, como consta en la sentencia protocolizada con la escritura número 2731 de 24 de octubre de 1959 de la Notaría Novena de Bogotá.

Que los demandados ocuparon materialmente este lote desde hace unos dos años aproximadamente, lo cercaron o reforzaron la cerca existente con postes de madera y alambre, lo han ocupado con materiales para construcción, con pequeños siembros de maíz, legumbres y demás, es decir, vienen ejercitando allí actos de posesión material, en nombre propio, y sin reconocer, o desconociendo el dominio ajeno.

Que los demandantes prometieron en venta el referido inmueble a Luis Sánchez Carreño quien autorizado para tomar posesión del predio, encontró oposición de los demandados.

Que el liquidador de la sociedad de hecho, como representante legal intentó "amparo de posesión" ante la Corregiduría de La Cita (Usaquén), que no prosperó pues terminó con fallo inhibitorio, que apelado ante la Alcaldía Mayor de Bogotá, concluyó con la declaratoria de nulidad al considerar que la acción no era de amparo posesorio sino ocupación de hecho.

Admitida la demanda por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá y notificada a los demandados, la contestaron con oposición a las pretensiones reivindicatorias. A su vez formularon la excepción que denominaron de carencia de acción, sin sustentación alguna.

Agotado el trámite de primera instancia, el juzgado del conocimiento se pronunció favorablemente a las pretensiones de los demandantes: declaró en favor de éstos el dominio sobre el inmueble reivindicado, condenó a los demandados Hipólito Zambrano Rodríguez y Juvenal Sánchez Ramírez a la restitución del predio, y como poseedores de mala fe los condenó a pagar a los demandantes el valor de los frutos naturales y civiles desde el 16 de noviembre de 1980 hasta cuando se efectúe la restitución "y no sólo los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad". "No obstante, tienen derecho los demandados a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación del bien". Dispuso, igualmente que las regulaciones se harán de conformidad con los artículos 307 y 308 del C. de P. C. Por último, con condena en costas a los demandados.

Los demandados inconformes con la decisión precedente, interpusieron el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá, que por sentencia de

18 de junio de 1985, confirmó en todas sus partes el fallo del Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá.

La sentencia del Tribunal fue recurrida en casación por los demandados.

#### MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Fundamentalmente el Tribunal desplaza sus consideraciones en uno de los aspectos centrales de la inconformidad del apelante, el atinente a la controversia sobre la antigüedad de los títulos del demandante frente a la posesión de los demandados "porque ninguna discusión se plantea sobre la validez misma de los títulos presentados por los demandados ni sobre la posesión ejercida por los demandados (está confesada), tampoco sobre la identidad del inmueble", que por demás, están demostrados a los autos y el bien raíz es cosa singular reivindicable.

Sostiene, acorde con la doctrina constante, que cuando los títulos de propiedad del reivindicante son anteriores a la posesión de la parte demandada deben prosperar las pretensiones restitutorias. Y, con tal propósito, se compromete en el análisis y verificación de los distintos documentos aportados al proceso, para lo cual dice: "De autos aparece claramente que a los demandantes les fue adjudicado el inmueble mediante sentencia, dentro del proceso de liquidación de la sociedad de hecho formada por Carlos Julio Campos y Anita Espitia Tovar (año 1980), debidamente registrada, y también protocolizada mediante escritura número 2414 de julio 29 de 1981, Notaría 14 de esta ciudad. Este título es posterior a la posesión probada de los demandados, como se verá, y además es tan solo declarativo del dominio".

"Pero obran también de autos las escrituras números 4019 de octubre 2/68, Notaría 9ª de Bogotá, y 2868 de junio 22/65, Notaría 4ª de Bogotá, que demuestran la venta hecha por la sociedad Delgado y Castro Ltda. a Carlos Julio Campos (de la sociedad de hecho), y el aporte del inmueble a la primera sociedad. Títulos registra-dos, atributivos del dominio. Y aparecen también otros títulos anteriores.

"Esta cadena de títulos demuestra sin duda alguna el derecho prevalente del demandante frente a la parte demandada".

El *ad quem* encuentra un indicio contra los demandados sobre la posesión posterior a los títulos de los demandantes en la afirmación hecha por los actores de que se remontaba aproximadamente a dos años atrás y frente al silencio de los demandados sobre el particular.

Desestima el testimonio de Lisandro Patarroyo, quien pretende ubicar la posesión a partir del año de 1975, por poco convincente "en cuanto los hechos por él relatados no implican señorío sobre el bien raíz. En todo caso esa época, la más antigua que se pretendió demostrar, es posterior a los títulos ya señalados por los demandantes".

Y remata:

"Se confirmará entonces el fallo del *a quo*, incluidas sus decisiones en punto a prestaciones mutuas. Los demandados son poseedores de mala fe, como lo apreció el *a quo*, pues así se desprende de los testimonios de terceros y de parte recibidos, que

dan cuenta de una ocupación de hecho. Se mantendrá igualmente la fecha señalada por el *a quo* como punto de partida en materia de restitución de frutos, por resultar más favorable a la parte demandada, única apelante, ya que viene a ser posterior a la época admitida como principio de la posesión”.

#### EL RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos enfilea el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, con apoyo en la causal primera de casación, que serán estudiados conjuntamente por la estrecha relación en los planteamientos.

##### *Primer cargo*

Se acusa la sentencia “por ser violatoria de modo indirecto de las siguientes normas de derecho sustancial por aplicación indebida de los artículos 673, 740, 745, 746, 749, 752, 756, 759, 765, 778, 785, 789, 946, 950, 951, 961, 963, 964 y 2521 del Código Civil de los artículos 2º, 3º y 44 del Decreto número 1250 de 1970; y consecuentemente, por falta de aplicación de los artículos 762, 764, 768, 769 y 780 del Código Civil, quebrantos originados en el error de derecho cometido en la apreciación de la prueba del dominio a favor de los demandantes, a la luz de los artículos 187, 195-3, 232, 253, 256, 258, 264 y 265 del C. P. C.; 980, 1516 y 1760 del C. C. y 27 y 43 del Decreto número 1250 de 1970, normas probatorias quebrantadas, lo cual sirvió de medio para infringir las normas de derecho sustancial ya citadas”.

En el inicio de la sustentación del cargo sostiene el recurrente que el Tribunal apreció equivocadamente la escritura pública número 2414 del 29 de julio de 1981 de la Notaría Catorce de Bogotá al haberle “dado valor probatorio del dominio inmobiliario a la copia de un título que no lleva la constancia de haberse registrado, desconociendo la preceptiva del artículo 256 del C. P. C.”. Y reitera. “En este caso la 3ª copia de la escritura prestada como título de dominio de los demandantes no tiene anotación de registro y además la certificación adjunta no acredita la inscripción ordenada por el artículo 27 del Decreto número 1250 de 1970. Evidentemente: ni el número de la escritura 2414; ni la fecha de la escritura 29 de julio de 1981; ni la notaría que expidió esa 3ª copia (Notaría 14 de Bogotá) ni la fecha de la sentencia que contiene esa escritura, 10 de noviembre de 1970 (sic); ni el juzgado que profirió la sentencia, el 18 Civil del Circuito de Bogotá; aparecen en el certificado de matrícula número 050-0039909 que obra al folio 2 del cuaderno número 1. Este certificado inscribió una sentencia de fecha 16 de noviembre de 1980 de la Notaría 9ª de Bogotá, que no corresponde al título anexo a la demanda. Luego, fuerza es concluir, que el título de los demandantes que obra a los folios 3, 4 y 5 del cuaderno número 1, no está registrado”.

Le anotó a la sentencia de ser contradictoria cuando por una parte dice que no se plantea discusión alguna sobre la validez del título y más adelante asevera que el título del demandante la escritura número 2414 no está registrado: “Y si, en gracia de discusión, —prosigue— fuera cierto que se hubiese aceptado la validez legal del título, se caería también en error de derecho al sostener que la prueba del dominio de bienes inmuebles puede sustituirse o sanearse con la confesión de parte, porque ese criterio probatorio quebranta los artículos 195-3 y 265 del C. P. C. y 1760 del C. C.”.

Arguye el censor que al tener en cuenta las escrituras números 4019 del 2 de octubre de 1968 de la Notaría 9ª de Bogotá; la 2868 del 22 de junio de 1965 de la Notaría 4ª de Bogotá y los otros títulos anteriores, para localizar la cadena de títulos erró en la conclusión porque “no se demuestra el dominio prevalente de los demandantes en virtud de que no existió tradición a favor de la parte actora, de conformidad con los artículos 756, 759 del C. P. C. (sic), tradición que es el único vínculo para encadenar los títulos anteriores con la sentencia del 10 de noviembre de 1980 dictada por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá por medio de la cual le fue adjudicado a Anita Espitia Tovar, Ismael Aldana Parra y José Ignacio Rojas Carrillo el lote *sub lite*”.

Otro error en la apreciación de la cadena de títulos que le endilga a la sentencia, la ubica el casacionista “al otorgarle valor probatorio de dominio a favor de los demandantes a los títulos relacionados, los consideró aptos para identificar el inmueble sin que tales documentos públicos ni por sí solos, ni complementados con otras probanzas del expediente demuestren que se trata del mismo predio porque fueron llevados al expediente después de la inspección judicial y por tanto no pudieron ser objeto de confrontación con el bien raíz, ni fueron conocidos por la parte demandada al contestar la demanda ni al absolver el interrogatorio de parte”.

Y vuelve sobre el punto de que la estimación de la escritura pública número 2414 del 29 de julio de 1981 y la sentencia del Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá hecha por el Tribunal como suficiente para la transferencia del dominio es errónea por cuanto “no existió legalmente esa transferencia, el título de los demandantes no puede apoyarse ni unirse a los títulos anteriores, por ausencia de registro”.

Luego la censura se detiene en la calidad de poseedor de mala fe impuesta por el sentenciador de primer grado y acogida por el Tribunal que “apenas se limita a citar los “testimonios de terceros de parte”, sin analizarlos. En el proceso existe el único testimonio de Lisandro Patarroyo que obra al folio 34 del cuaderno número 1; y ni con relación a este testimonio ni con relación a los interrogatorios de parte, el Tribunal cita las respuestas que pueden dar fundamento para desvirtuar la presunción legal consagrada en el artículo 769 del Código Civil, norma de contenido probatorio que fue quebrantada por el Tribunal, al no tenerla en cuenta.

“La ausencia de buena fe podría predicarse con más fundamento respecto de los reivindicantes, pues al analizar la actuación policiva de julio de 1980, se advierte que desde entonces los demandantes tenían el propósito de tomarse una posesión sin que en esa época fuesen dueños porque no se les había adjudicado el predio y sin que hubiesen tenido la posesión con anterioridad a su reclamo policivo. No obstante, se presentaron como dueños sin tener todavía título, lo cual da base para presumir su mala fe”.

Para mostrar la trascendencia del cargo dice el recurrente:

“No obstante que se han cuestionado todos los elementos probatorios contenidos en la parte motiva de la sentencia, uno solo de ellos es el soporte de la declaratoria del dominio y la consiguiente condena a restituir el predio: el haber apreciado la sentencia de adjudicación del 10 de noviembre de 1980 proferida por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá como título translaticio del dominio a favor

de los demandantes, sin tener las condiciones previstas por las normas del Código Civil ya citadas y por el Decreto número 1250 de 1970, para que fuese válida esa tradición.

“Si se hubiera tenido en cuenta en la apreciación de la prueba documental que el registro número 002 anotado el 18 de abril de 1981 en el certificado de matrícula inmobiliaria número 050-0039909 que obra al folio 2 del cuaderno número 1, registró una sentencia del 16 de noviembre de 1980 de la Notaría 9ª de Bogotá, que este título no obra en el proceso, y que la sentencia del 10 de noviembre de 1980 (fls. 3, 4 y 5) que sí obra en el proceso, no se registró, con seguridad que no se hubiera reconocido el dominio de los demandantes en el predio litigioso, y no se hubiera ordenado su restitución”.

### *Segundo cargo*

Se acusa la sentencia “por ser violatoria de modo indirecto de las siguientes normas de derecho sustancial por aplicación indebida de los artículos 673, 740, 745, 746, 749, 752, 756, 759, 765, 778, 785, 946, 950, 951, 961, 963, 964, 980, 1516 y 2521 del Código Civil; de los artículos 2º, 3º y 43 del Decreto número 1250 de 1970, y consecuencialmente por falta de aplicación de los artículos 762, 764, 768, 769 y 780 del Código Civil, por haber incurrido el Tribunal en error de hecho que aparece de modo manifiesto en el proceso por suposición de pruebas inexistentes”.

Para el recurrente, el Tribunal supuso la existencia de un título de dominio que no existe en el proceso, la existencia de la inscripción en el registro de la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1980 dictada por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá; de la declaración de Lisandro Patarroyo supuso que los demandados habían procedido de mala fe, de las respuestas a los interrogatorios de los demandados Hipólito Zambrano y Juvenal Sánchez también supuso que habían procedido de mala fe; también supuso que los demandantes habían recibido la posesión inscrita de los anteriores dueños del predio y recibido la posesión material del mismo y que los títulos allegados después de los alegatos de conclusión, o sea las escrituras públicas números 5029 de 11 de octubre de 1963; 2868 de 22 de junio de 1965 y 4019 de 2 de octubre de 1968 describen un inmueble que fue identificado en el proceso.

La suposición del título de dominio plantea así: “Cuando el Tribunal acepta como fundamento de su decisión que el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá el 14 de mayo de 1981 que obra al folio 2 del cuaderno número 1, que corresponde a la matrícula inmobiliaria número 050-0039909 de un predio urbano de Bogotá, sin nomenclatura ni dirección, contiene el registro de un título a nombre de los demandantes Anita Espitia Tovar, Ismael Aldana Parra y José Ignacio Rojas Carrillo, está suponiendo la existencia material de ese título en el proceso, porque en realidad tal título no fue aportado. Evidentemente, no aparece en ninguno de los folios del expediente sentencia alguna dictada por la Notaría 9ª de Bogotá, que fue la que se registró; ni menos título que tenga fecha de 16 de noviembre de 1980 que fue el radicado bajo el número 81-21520, y que corresponde a la anotación 02 del 18 de abril de 1981. Ese título de dominio que aparece registrado en el certificado del registrador no fue aportado al expediente y por ello se supuso su existencia, lo cual es manifiesto hasta la evidencia porque en ninguno de los folios del proceso aparece”.

La suposición del registro la fundamenta el recurrente:

“Cuando el Tribunal acepta que la sentencia dictada por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá con fecha 10 de noviembre de 1980 se encuentra registrada, está suponiendo la existencia material de ese registro, ya que tal título que aparece a los folios 3, 4 y 5 del cuaderno número 1, no ostenta en ninguno de sus folios constancia de su registro, ni la reproducción del mismo. El certificado de matrícula inmobiliaria 050-0039909 que obra al folio 2 del mismo cuaderno anota un registro que no corresponde al título citado, pues este es una sentencia del Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá y no de la Notaría 9ª; esa sentencia se protocolizó en la Notaría 14 y no en la 9ª; la sentencia tiene fecha 10 de noviembre de 1980 y no 16 de noviembre de 1980; y la escritura es la número 2414 del 29 de junio de 1981 de la Notaría 14 de Bogotá, ninguno de cuyos datos aparece en el certificado del registrador”.

Trata “la suposición de la prueba de la posesión material en los reivindicantes y/o en sus antecesores”, que para el recurrente no se ofrece la prueba no obstante constituir un elemento de la acción reivindicatoria. “No basta ostentar un título de dominio, en el supuesto que ese título existiera registrado; es necesario demostrar por algún medio que el demandante o alguno de sus antecesores tuvo la posesión y por lo tanto debe recuperarse”.

Aduce “la suposición de la prueba de identificación del predio frente a la cadena de títulos” en que los “títulos contenidos en las escrituras números 5029 de 11 de octubre de 1983; 2868 de 22 de junio de 1965 y 4019 de 2 de octubre de 1968 quedaron identificados con el predio poseído por los demandados, cuando realmente tales títulos no obraron en el proceso cuando se hizo la inspección judicial, ni fueron objeto de contradicción por parte de los demandados, ni tampoco se preguntó sobre su identidad al testigo, porque todos esos títulos llegaron al proceso ya cerrada la etapa probatoria, antes de fallar, decretados de oficio con base en el alegato presentado en primera instancia por el apoderado de la parte demandada”.

Por último, “la suposición de prueba de la mala fe” que encontró el Tribunal probada con la prueba testimonial y con las declaraciones de parte, que no se dieron.

#### SE CONSIDERA

*Le enrostra la censura error de derecho al sentenciador de segundo grado por haberle dado valor probatorio para acreditar el dominio a un documento público que no tiene la constancia de su registro en el mismo cuerpo de la escritura, más concretamente a la escritura pública número 2414 de 29 de julio de 1981 otorgada en la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá.*

*Es evidente que la mencionada escritura no tiene constancia de haberse registrado en la oficina correspondiente. Sin embargo, este instrumento no recoge nada distinto que la protocolización de la parte de la sentencia por medio de la cual se hizo la partición y adjudicación de bienes sociales habidos en la sociedad de hecho de Anita Espitia Tovar contra Carlos Julio Campos; es decir, con la escritura citada se protocolizó la sentencia aprobatoria del trabajo de partición y adjudicación, que es, en verdad, el acto legal contentivo del título traslativo del dominio del bien que se reivindica. Así lo entendió expresamente el Tribunal cuando dijo: “De autos aparece*

*claramente que a los demandantes les fue adjudicado el inmueble mediante sentencia, dentro del proceso de liquidación de la sociedad de hecho formada por Carlos Julio Campos Suescún y Anita Espitia Tovar, debidamente registrada". Esto es, encontró, como era pertinente, que la sentencia reflejaba el título que a su vez se había elevado a escritura pública en virtud de la protocolización. Y la agregación que "debidamente registrada", también obedece a una situación legal cierta: con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, que obra al folio 2 del cuaderno principal, se constata la inscripción de la sentencia.*

*Y esta modalidad del título y de la inscripción por documentos separados son viables para demostrar el dominio, puesto que de su integración probatoria se puede advertir con el acto legal de la partición y con el registro respectivo, que sirven para los efectos sustanciales de tradición, tal como lo previene el artículo 756 del Código Civil.*

*Por eso, la crítica impugnativa del recurrente, para mostrar un yerro de derecho, carece de consistencia si se tiene en cuenta la integración probatoria lograda en el proceso, en la forma indicada. Cuestión distinta es que apenas se hubiera aportado la escritura pública o simplemente traído el certificado del registro puesto que uno u otro, sin complementación, carecerían de poder de demostración del dominio, ya que el solo título sirve para probar el negocio o el acto y no la transferencia de la propiedad y el certificado de registro acredita la inscripción del título correspondiente, pero no éste, que únicamente se puede hacer mediante su aducción en legal forma. Y es que el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, sobre el cual el recurrente hace descansar yerro juris, sirve, precisamente, para apoyar la apreciación del sentenciador ad quem en cuanto la copia que aportó del título, que carece de la constancia de su inscripción, pero sí aparece el certificado de su registro. Esta conclusión es fácil advertirla de la parte in fine de dicho precepto que le resta eficacia a la copia siempre y cuando no existiere la constancia de la inscripción.*

*Entonces, es la sentencia el título, recogido en la escritura pública de la cual repara el censor que falta su registro, y la inscripción se demuestra con el certificado expedido por el funcionario respectivo. No existe, pues, yerro jurídico por cuanto lo que se pretende es desconocer eficacia probatoria a un título que está consignado con las formalidades legales y, al mismo tiempo, restarle fuerza comprobatoria al certificado del registrador que de manera expresa inscribe la sentencia proferida por el juzgado donde se adelantó el proceso de liquidación de la sociedad de hecho mencionada.*

*Ahora bien, el hecho de que el certificado del registrador no indique el juzgado sino que se refiera a una notaría, en manera alguna desvirtúa la tradición alcanzada con el registro puesto que es suficiente constatar que en la columna primera del fallo de matrícula inmobiliaria se sentó la tradición y que ésta se hizo en favor de los que son ahora demandantes, lo cual sirve para precisar que el dominio está radicado en cabeza de éstos.*

Se deriva de lo dicho que al encontrar probado el sentenciador *ad quem* el dominio en los demandantes como en verdad se hace cierto en el proceso, no puede abrirse campo a la acusación en este aspecto y en los restantes reparos que están montados básicamente en la falta de la prueba del dominio de los reivindicantes, que les impedía, según la censura, encadenar los títulos antecedentes.

Para encontrar la prueba de que el dominio de los demandantes es anterior a la posesión de los demandados tuvo de presente el Tribunal las restantes escrituras públicas aportadas al proceso, todas debidamente registradas. Es decir, parte el Tribunal de la sentencia de adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal, con la prueba de su inscripción para encontrar la propiedad de los demandantes, pero como este acto es posterior a la supuesta detentación del predio por los demandados se remonta a los otros instrumentos públicos de adquisición del dominio que sí son anteriores a la posesión alegada por los demandados. Y que las escrituras públicas hubieran sido aportadas después de la diligencia de inspección judicial en nada altera el contenido probatorio de la cadena de títulos reconocidos por el Tribunal, puesto que con aquéllos se puede acreditar que se trata del mismo predio reivindicado.

No se ofrece, por tanto el yerro de derecho que el recurrente plantea en el primer cargo, mucho menos la suposición del dominio que aduce en el segundo cargo puesto que como se ha dicho insistentemente el *ad quem* encontró acreditada la propiedad con la sentencia de partición proferida por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de liquidación de la sociedad de hecho también varias veces referenciada, consignada en la escritura número 2414 de 29 de julio de 1981 de la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá, a manera de título traslativo, y con el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá. Para que se reconozca la suposición de prueba se requiere que se dé por sentado lo que no obra en el proceso. Y esto no se puede predicar en el asunto *sub lite*, puesto que el Tribunal al convenir en el dominio de los demandantes lo hizo con apoyo en las pruebas mencionadas; escritura pública contentiva de la sentencia de partición y certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá en sus aspectos materiales y físicos y sin alteración de su contenido objetivo.

*En cuanto a la suposición de la posesión de los demandantes, argumentada por el impugnante ésta por sí sola carece de sentido puesto que como es sabido los reivindicantes no tienen que probar la posesión anterior sobre la cosa como equivocadamente lo afirma el recurrente, por no ser elemento de la acción de dominio; entonces carece de fuerza la impugnación en este aspecto. Ha dicho la Corte sobre el particular:*

*“En el propósito de satisfacer la finalidad primordial del recurso de casación, cual es la de unificar la jurisprudencia nacional, estima indispensable la Corte rectificar la afirmación que se hace en la sentencia recurrida de que para la prosperidad de la acción reivindicatoria se requiere que el demandante haya estado en posesión quieta y pacífica del bien durante un año completo y que el demandado lo haya despojado, pues el artículo 946 del Código Civil no exige que el dueño de la cosa singular que se vindica haya perdido la posesión de la misma sino que no está en posesión de ella.*

*“Al otorgarle el artículo 946 esta acción al dueño de cosa singular ‘de que no está en posesión’ adoptó esta fórmula del proyecto inédito de Bello que substituyó la consignada en el 1853 (art. 1030) que expresaba: ‘cuya posesión haya perdido’. De esta suerte quedó clara y acertadamente definida la milenaria polémica doctrinal acerca de si para la procedencia de la reivindicación era o no necesario que el actor ya hubiera entrado en posesión de la cosa, v. gr. porque le hubiera sido entregada por su tradente y que posteriormente hubiera perdido dicha posesión. Se dice que la solución de nuestro*

*Código es la acertada porque, se repite, que la acción reivindicatoria emana directamente del derecho de dominio y, además, porque en el sistema del mismo Código este derecho se adquiere mediante la sola inscripción registral del título traslativo en tratándose de inmuebles o por una tradición ficta o simbólica de los bienes muebles” (CXXXIX, 110).*

Por último, los reparos que hace el casacionista sobre la calidad de poseedores de mala fe que le diera a los demandados el Tribunal, tampoco recogen ninguna crítica válida y atendible en casación puesto que la formulación que hace por error de derecho porque el Tribunal apenas se limitó a citar lo testimonios de terceros y de parte, sin analizarlos, no es suficiente para encuadrar un yerro de *jure*, por cuanto el *ad quem* se remitió a lo analizado por el *a quo*; y es que éste concluyó que los demandados no habían justificado su relación de hecho sobre el predio lo que hacía suponer su condición de poseedores de mala fe. Además que, en las respuestas a los interrogatorios propuestos, los demandados reiteraron su condición de simples ocupantes de hecho sin respaldo en título alguno. Y estos aspectos no son controvertidos por el recurrente.

Y en cuanto a la suposición del testimonio de Lisandro Patarroyo, que según el recurrente, el Tribunal dedujo mala fe, no corresponde a lo que apreció éste, por cuanto en la sentencia lo que se dice es que el testigo pretende ubicar la posesión de los demandados a partir de 1976, sin ser convincente en su dicho, porque “los hechos por él relatados no implican señorío sobre el bien raíz”. El Tribunal no encontró justificada la ocupación del inmueble por los demandados; de ahí que lo hubiera tenido como poseedores de mala fe.

Fluye de lo dicho que no prosperan los cargos.

#### 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 proferida el 18 de junio de 1985, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por Anita Espitia Tovar, Ismael Aldana Parra y José Ignacio Rojas Carrillo, frente a Hipólito Zambrano y Juvenal Sánchez.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## INCONSONANCIA

No incurre en incongruencia el fallador cuando decide sobre puntos que no le fueron expresamente propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado ex officio por la ley, como cuando decide oficiosamente sobre la nulidad absoluta de una convención y las prestaciones mutuas.

## CORRECCION MONETARIA

Debe reconocerse aún sin petición de parte, cuando es el resultado forzoso de una declaración de nulidad absoluta, para restablecer el imperio de la equidad. Pero se advierte de la cautela que se debe tener en su aplicación.

## PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

En promesa mercantil de venta.

---

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., primero (1º) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del demandado contra la sentencia de 13 de enero de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario promovido por Apolonio Cruz Alejo contra Benjamín Poveda Reina.

### I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Acacías, Apolonio Cruz Alejo por conducto de apoderado judicial, demandó a Benjamín Poveda Reina, para que con su citación y audiencia y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran por sentencia las siguientes declaraciones:

a) Que entre él y Benjamín Poveda Reina "no ha existido promesa de compra-venta del inmueble ubicado en el municipio de Cubarral y a que se refiere el negocio

realizado el 28 de agosto de 1983... por cuanto no se realizó contrato escrito y el acuerdo verbal sobre precio y forma de pago no produce efectos civiles”;

b) Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a Benjamín Poveda Reina a pagarle a él o a quien sus derechos represente, la suma de \$2.000.000.00 que éste recibiera a buena cuenta del precio del inmueble negociado verbalmente el 28 de agosto de 1983, “pago que debe realizarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia”;

c) Que igualmente se condene a Benjamín Poveda Reina a pagarle los intereses bancarios sobre la suma de \$2.000.000.00, desde la fecha en que efectivamente recibió ese dinero hasta cuando el pago se lleve a cabo.

2. Relató como fundamento de sus pretensiones, los hechos que a continuación se sintetizan:

a) Que el 28 de agosto de 1983, en el municipio de Acacias, llegó con Benjamín Poveda Reina a un acuerdo por medio del cual éste le transferiría una hacienda o inmueble, ubicado en Cubarral, por la suma de \$23.000.000.00, de los cuales pagó \$2.000.000.00 a buena cuenta del precio, mediante cheque número 5632147 del Banco Popular —Sucursal Corabastos— de la ciudad de Bogotá;

b) Que ese mismo día visitó en forma ligera el inmueble objeto del acuerdo y los comisionistas del demandado le mostraron lo mejor del mismo, a pesar de haberle informado que “era de magníficas tierras, con veinte potreros, con pastos sembrados de primera clase, suficiente para cebar 500 novillos y con una cabida superficial aproximada de 280 hectáreas”;

c) Que ocho días después, es decir el 3 de septiembre, visitó nuevamente el bien objeto del acuerdo y constató junto con sus amigos, que no era de la calidad ofrecida, que no tenía el número de potreros indicado en la oferta, y por ello de inmediato se entrevistó con el demandado para manifestarle que no estaba interesado en la compra de dicho inmueble y que en consecuencia le devolviera el dinero o el cheque recibido a cuenta del precio, petición a la que el demandado se negó alegando que eran arras del negocio;

d) Que no conoce el nombre del inmueble materia del pacto por cuanto no tuvo oportunidad de leer las escrituras ni de tal acuerdo “se firmó contrato alguno”, quedando tan solo la constancia del cheque ya dicho;

e) Que ante la negativa del demandado a devolver la suma de dinero referida se valió del abogado que ahora lo representa judicialmente para que procurara la devolución del dinero sin necesidad de acudir a un proceso, gestión que resultó infructuosa, pues éste perseveró en la negativa aduciendo que se trataba de arras de un contrato y que estaba dispuesto a otorgar las escrituras de venta;

f) Que esta renuencia del demandado lo obligó a provocarle un interrogatorio extrajudicial con la finalidad de “preestablecer la prueba suficiente para demandar la devolución del dinero entregado, el pago de los intereses y las costas procesales, del cual dedujo lo siguiente: 1) Que no existió contrato alguno entre las partes, por la retractación posterior del demandante y por no haberse firmado promesa o constancia

alguna de acuerdo a la ley y que el negocio celebrado verbalmente no produce ningún efecto civil. 2) Que el dinero recibido por el demandado no puede tener la calidad de arras de un contrato inexistente y que su negativa a devolver dicha suma de dinero, constituiría un 'enriquecimiento sin causa' ”;

g) Finalmente, que el inmueble jamás le fue entregado y que el demandado se halla en quieta y tranquila posesión del mismo, por lo que no ha existido por su parte provecho alguno derivado de tal bien.

3. El demandado, al responder el libelo, se opuso al despacho favorable de las declaraciones y condenas solicitadas por el actor. Negó los hechos básicos sustentatorios de la pretensión deducida por el demandante. Para tal efecto, afirmó que el acuerdo a que aquél hace alusión es válido “por cuanto los contratantes son comerciantes de profesión” y, por lo tanto, no se trata de un supuesto contrato sino verdadero y real, que tuvo principio de ejecución pues el dinero recibido constituía parte del precio estipulado y tenía además la condición de arras, como el mismo demandante lo constató en el talonario de su chequera.

4. Agotado el trámite propio de la instancia, el juzgado del conocimiento le puso fin mediante su sentencia de 5 de febrero de 1985 mediante la cual negó la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó al demandante al pago de las costas procesales respectivas.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra aquella determinación, la revocó y, en su lugar, dispuso:

“1. Declarar la nulidad del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Apolonio Cruz Alejo y Benjamín Poveda Reina el 28 de agosto de 1983, en el municipio de Acacias (Meta).

“2. Ordenar al señor Benjamín Poveda Reina restituir al señor Apolonio Cruz Alejo dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000.00) con corrección monetaria, que se regulará por el trámite del artículo 308 del C. de P. C., más sus intereses comerciales desde la fecha de la respectiva entrega y hasta cuando se verifique su pago.

“3. En cuanto a la audiencia solicitada por la parte demandada, no obstante haberse señalado ésta para el día 12 de los corrientes a las 9 de la mañana, como no concurrió a ella ni dentro de los tres días siguientes justificó su no asistencia, deberá sancionarse al demandado mediante la imposición de la multa de que habla el artículo 360 del C. de P. C. en cuantía de un mil pesos (\$1.000.00) m/cte., que deberá pagar al Tesoro Nacional, para lo cual se oficiará a la Administración de Hacienda Nacional de la ciudad.

“4. Condenar en costas de ambas instancias al demandado”.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de puntualizar las aspiraciones de la parte actora, de relatar los hechos precursores del litigio, de precisar los términos de la defensa esgrimida por el

demandado, de relacionar los elementos de juicio arrimados por las partes al proceso, y de establecer la validez de la actuación y la concurrencia de los presupuestos procesales, el Tribunal sienta las siguientes reflexiones en torno a la cuestión debatida:

1. Que es hoy verdad inconcusa que, al tenor del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 la promesa de celebrar un contrato es fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisitos y circunstancias que dicha disposición exige.

2. Que es igualmente axiomático que la promesa de celebrar un contrato genera para los contratantes como única obligación propia, la de concurrir al perfeccionamiento del contrato prometido, y que cuando la promesa versa la futura venta de un bien raíz, los contratantes “sólo se obligan, salvo las estipulaciones adicionales a otorgar la correspondiente escritura pública de venta dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones pactados en el escrito”.

3. Que la promesa de celebrar un contrato civil es “un acto solemne *ad substantiam actus*”, puesto que su existencia depende del otorgamiento del documento, exigido por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887”, hasta tal punto que su ausencia determina que el precontrato “no produzca obligación alguna”, como tampoco la produciría la omisión de una cualesquiera de las demás circunstancias concurrentes señaladas en el precitado artículo 89.

4. Que si bien las consideraciones precedentes son perfectamente predicables cuando se está en presencia de un precontrato celebrado al amparo de la legislación civil, no ocurre lo mismo cuando se trata de la promesa de contratar a la que se le reconoce carácter mercantil, pues en virtud de la normatividad contenida en el actual Código de Comercio, hoy se discute vehementemente sobre la naturaleza consensual o solemne de esta última.

Así, dice el Tribunal que existe una corriente que participa de la consensualidad de la promesa de contratar de carácter comercial, que se apoya en el contenido de los artículos 861, 119 y 824 del Código de Comercio. Y otra, que pregona la solemnidad de dicho pacto, por cuanto “deviene de la aplicación de los principios que gobiernan la formación de los contratos y las obligaciones del derecho civil, a las obligaciones y negocios mercantiles, ante la carencia de un texto expreso que proclame el carácter consensual respecto del contrato de promesa cuestionado, dándole vigencia a lo dispuesto en el artículo 822 del C. de Co.”. Planteado en esta forma el asunto, concluye el Tribunal que “resulta obvio que el contrato preliminar de carácter mercantil para que tenga eficacia jurídica y produzca obligaciones, debe ajustarse a las prescripciones del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, ya que el estatuto de los comerciantes no regula íntegramente la materia, ni expresamente ha dicho que el contrato de que se trata sea consensual”.

5. Que el *ad quem* no participa de la tesis de la consensualidad de la promesa de compraventa de carácter mercantil por cuanto de la sola omisión que el artículo 861 del ordenamiento mercantil hizo del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas para la existencia y validez del precitado contrato, “no puede inferirse inequívocamente que la promesa por ser mercantil no deba cumplir

las condiciones requeridas por el legislador de 1887, no sólo porque la seguridad y estabilidad de las relaciones contractuales se verían seriamente afectadas, sino en cuanto a la razón misma de su existencia, cual es la de asegurar la celebración de un contrato posterior, para cuyo efecto debe fijarse de manera precisa el plazo o condición que determine la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, a fin de establecer el cuándo del cumplimiento de la obligación de hacer que genera la promesa”.

6. Que de aceptarse el criterio arriba expuesto, “habría de concluirse también que para el legislador comercial es totalmente indiferente que se señale o no la época en que ha de celebrarse el contrato a que la promesa se refiere, como indiferente sería así mismo que el contrato prometido quedase indeterminado, pues el artículo 861 del Co. de Co. tampoco hizo alusión a estas circunstancias. Conclusión que a todas luces desnaturalizaría el carácter transitorio y temporal del contrato de promesa, por una parte; y, por la otra, daría lugar a la indeterminación del objeto (inidoneidad)”.

7. Que tampoco es sustento fuerte en pro de la consensualidad de la promesa mercantil “invocar la solemnidad del contrato de promesa de sociedad, conforme a la previsión específica del artículo 119 del Código de Comercio...” ya que es “...poco menos que forzar el uso del argumento *a contrario sensu* en busca de un efecto preconcebido que no fluye inequívocamente de la intención del legislador” (Efrén Ossa. Teoría General del Seguro. Editorial Temis, 1984).

8. Por último, que correctamente interpretado el artículo 824 del estatuto comercial tampoco serviría de piso para definir la consensualidad de la promesa mercantil, “...pues al respecto cabe precisar que no sólo los comerciantes, sino todas las personas pueden manifestar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio inequívoco, en aplicación del principio de la autonomía que rige las relaciones contractuales, pero sometándose, claro está, a las formas prescritas por la ley para la estructuración válida de ciertos actos. A la luz de la citada disposición, cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad; es obvio, entonces, que la formación del contrato de promesa debe ajustarse a las solemnidades enlistadas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, por ser esta norma legal y exigirlo así expresamente”.

9. Remata el Tribunal el estudio doctrinal en el punto, expresando que como de acuerdo con el artículo 822 del Código Mercantil “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”, y como ésta no estableció ni ha establecido nada respecto del precontrato mercantil, ya que el artículo 861 se limitó a consagrar positivamente el efecto propio de toda promesa, “... emerge con claridad la necesidad de aplicar aquellos principios por virtud de los cuales la solemnidad del contrato estudiado brota diáfananamente”.

10. Aplicando tal criterio a la cuestión *sub examine* el Tribunal afirma que el pacto celebrado entre las partes el 28 de agosto de 1983, en el municipio de Acacias, por medio del cual el demandado prometió vender y el demandante comprar un

inmueble rural ubicado en el municipio de Cubarral, por la suma de \$23.000.000.00 “...es nulo, de nulidad absoluta, por no haberlo ajustado a las prescripciones consignadas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887”.

Y en desarrollo de esta premisa, puntualiza a continuación los defectos que hacen a tal pacto inhábil para producir obligaciones:

a) “... los contratantes no plasmaron por escrito el contrato de promesa de venta del inmueble, lo que por sí solo es suficiente para afirmar la invalidez del negocio jurídico, dada la naturaleza del contrato solemne que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, según quedó reseñado en párrafos precedentes”;

b) “... por cuanto tampoco fijaron la época precisa en que habría de celebrarse la convención prometida, como un elemento constitutivo del instante o momento que es menester para ello y como medio certero para establecer el cuándo del cumplimiento de esa obligación de hacer, como lo expresó la Corte en sentencia de 13 de noviembre de 1981...”.

A esta conclusión llegó el Tribunal luego de contemplar los medios de convicción allegados al proceso, especialmente el interrogatorio absuelto por el demandado ante el Juez Primero Promiscuo del Circuito de Acacias y los testimonios de Guillermo Murillo, Jorge Campos y Nury Tovar Hoyos, pues en el punto expresó:

“... Es tal la imprecisión respecto de que se haya señalado alguna fecha para perfeccionar el contrato prometido, que el señor Poveda manifiesta que ‘le tuve las escrituras listas’, pero sin establecerse siquiera la notaría en la cual habría de formalizarse el convenio. Con un *item* más, ninguno de los llamados a dar fe sobre los hechos del proceso —ni siquiera tangencialmente— hacen referencia a la época de la celebración de la convención prometida, pues los que más, sólo llegan a afirmar que a los ocho (8) días siguientes don Apolonio se comprometió a traer otra suma de dinero para completar \$18.000.000.00. Así lo aseveran Guillermo Murillo, Jorge Campos y Nury Tovar Hoyos, cuyo texto está recogido en los folios 57 a 59. Respecto de las demás pruebas, concretamente la diligencia de exhibición de un documento, la de interrogatorio de parte absuelto por el actor y la fotocopia del talonario o ‘colilla’ del cheque girado por Cruz a Poveda (fls. 79 a 84), ninguna luz arrojan sobre la fijación de la época en que habría de celebrarse el contrato prometido, pues como ya se vio, la única persona que hace referencia a tal circunstancia es el mismo demandado, pero en forma imprecisa como antes se expresó; imprecisión que se patentiza con más vehemencia cuando afirma en la parte de su respuesta a la pregunta séptima del interrogatorio extra-proceso (fl. 2 vuelto) que ‘le recibí los dos millones como arras, y a los quince días de firmada la escritura y me pagaba el saldo o sea veintiún millones de pesos’ ” (Subrayado y mayúsculas de la transcripción);

c) Que similares consideraciones podrían hacerse respecto de la individualización del objeto materia del contrato prometido, “... pues como se afirma de autos, el predio ni siquiera fue recorrido en su integridad y hasta este momento procesal, ni las partes ni los testigos lo han identificado por sus linderos, única manera admisible de determinarlos en tratándose de inmuebles”.

11. Sin embargo, el Tribunal antes de pronunciarse sobre la pretensión incoada por el actor, encaminada a que se declare la inexistencia de la promesa de compra-venta celebrada entre las partes de este litigio, aborda el tema respecto de la inexistencia y la nulidad absoluta del negocio jurídico, pues afirma que si bien los efectos son los mismos, se trata de fenómenos conceptualmente diferentes, para lo cual reproduce pasajes de la conferencia dictada en esa ciudad por conocido doctrinante nacional.

Remata el estudio expresando que “mirado pues, el conflicto de intereses planteado por los señores Cruz Alejo y Poveda Reina para la composición por la justicia, a través del enfoque doctrinario transcrito, infiérese que aquél debe ubicarse en el del negocio jurídico nulo, cuya declaración judicial tiene por objeto privarlo de todo efecto pasado y futuro por la omisión de requisitos o formalidades que la ley prescribe por el valor del contrato (*solemnidad ad solemnitatem actus defectuosa*) a fin de exonerar a las partes del cumplimiento de las obligaciones que no han contraído válidamente, cuya consecuencia natural es la restitución completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato” (*status quo ante*, art. 1746 C. C.).

12. Concluye entonces que las pretensiones del demandante deben acogerse “aclarando sí que el actor si bien impetró la declaración de inexistencia del negocio jurídico, que en derecho comercial (art. 898-2) equivale a la nulidad absoluta del derecho civil (arts. 1741 y 1611), a juicio de la Sala, es de mayor tecnicismo jurídico declarar la nulidad de la convención acorde con las enseñanzas del tratadista aquí citado y de lo que se deduce de los hechos que sirvieron de soporte a la demanda incoada”.

Finalmente dijo el sentenciador de segundo grado, en punto al restablecimiento de la situación jurídica anterior al contrato declarado nulo “que Benjamín Poveda Reina devuelva a Apolonio Cruz Alejo la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000.00) con su respectiva corrección monetaria (que no es otra que el valor actualizado del dinero), habida cuenta del constante proceso de devaluación que ha sufrido la moneda nacional en los últimos tiempos, suma entregada por causa y con ocasión de la promesa de la cual se trató extensamente en esta providencia, más los intereses corrientes comerciales sobre la cantidad expresada y a partir de la fecha en que se causaron”.

### III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro cargos enfila el recurrente contra la sentencia acabada de resumir, el primero por la causa segunda de casación y los tres restantes por la primera, que la Corte despachará en el orden en que fueron propuestos, los tres últimos de manera conjunta, por las razones que más adelante se expondrán.

#### *Cargo primero*

Acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones deducidas por el actor en su libelo, como lo mandan los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil.

Desenvuelve el recurrente la censura, expresando que "si se examina la demanda se establece con toda facilidad que el demandante no impetró ninguna nulidad, y que su petición principal la orientó a que se declarase que entre el señor Benjamín Poveda y Apolonio Cruz 'no ha existido promesa de compraventa' del inmueble ubicado en el municipio de Cubarral, en razón o como consecuencia del negocio celebrado entre ambos el 28 de agosto de 1983". Y que también se puede ver que el actor no pidió "que se reconociese a su favor corrección monetaria originada en devaluación, sino tan solo que el demandado fuese condenado a reintegrarle la suma de dos millones de pesos m/cte (\$2.000.000.00) más sus intereses bancarios 'desde la fecha en que efectivamente recibió ese dinero y hasta cuando el pago se lleve a cabo'".

Explica que conforme al artículo 1742 del Código Civil y a la abundante y reiterada doctrina de la Corte, la declaración de nulidad absoluta debe apoyarse en instrumento o documento que contenga el acto o contrato, donde aparezca de manifiesto la nulidad "sin necesidad de recurrir, para demostrarla a otras piezas o elementos probatorios y sin que sea susceptible de interpretación ni de discusiones...".

Afirma el censor que "no obra en el proceso ningún instrumento que reúna los requisitos necesarios para que se pueda tener por nulo el convenio o pacto celebrado. Tan solo obra la copia de un interrogatorio de parte absuelto por el demandado como prueba anticipada. Pero lo manifestado por el demandado en él, es susceptible de interpretación, puesto que para determinar si se trata o no de promesa mercantil —que no requiere escrito según lo ha establecido la Corte—, o civil, hay necesidad de acudir a otras piezas del proceso y, también, porque debe ser valorado con arreglo a las normas legales y a todos los principios de crítica aplicables a la confesión, para efectos de determinar qué hechos pueden ser admitidos y cuáles deben ser rechazados, todo lo cual impide que se cumpla el requisito del artículo 1742, en el sentido de que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto en el acto o contrato, porque para determinarlos hay necesidad de acudir a otros medios de prueba, los cuales, a su vez, son también susceptibles de interpretación y de discusión".

Y finaliza la censura en el punto aseverando que "no habiendo sido deprecada la nulidad en la demanda y tratándose probablemente de promesa mercantil que al decir de la Corte no requiere escrito por ser consensual (sent. noviembre 13/81) es evidente que la nulidad del acto no podía ser declarada oficiosamente por el Tribunal, porque los restantes requisitos exigidos por el artículo 1611 del Código Civil (plazo, determinación del objeto y del acto) pueden resultar de la declaración de parte del demandado, examinada críticamente. En tales condiciones, al decretarla el Tribunal incurrió por *extra petita* en inconsonancia por haberse pronunciado sobre un punto que no ha sido objeto del litigio y sobre el cual no procede decisión oficiosa".

De otro lado, el recurrente observa que "la corrección monetaria, a menos que se demande y se pruebe, no es materia de condena porque la ley procesal que he invocado no permite condenar al demandado por cantidad superior a la pedida y porque el juez sólo está facultado para considerar en la sentencia cualquier hecho modificativo del derecho sustancial sobre el que verse el proceso, ocurrido después de

haberse propuesto la demanda, si se alega y prueba oportunamente antes de la sentencia o que la ley permita considerarlo de oficio (art. 305 inc. 4°). Para tenerla como Hecho Notorio, se requiere que haya sido Alegada en el proceso, aunque no necesariamente probada. No existe norma expresa para considerarla de oficio. El artículo 1649 inciso 2° del C. C. dice que 'El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnización que se deban' (subrayo). Pero esas indemnizaciones 'que se deban' deben haber sido, por lo menos, alegadas por el que las pretende. A mi modesto entender, la tesis de la Corte, de que se debe considerar 'sin petición de parte' debe ser recogida, porque el artículo 305 citado delimita exactamente el poder del fallador, al predicar que en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo, 'alegado antes de la sentencia o que la ley permita considerarlo de oficio'. No se requiere la prueba porque el artículo 177 del C. P. C. inciso 2° así lo dispone. Pero de ello no se sigue que no deba ser alegado antes de la sentencia, pues la ley no trae norma expresa que permita considerarlo de oficio, sin haberlo alegado' (Subrayado el texto).

Y prosigue la censura anotando que de conformidad con el artículo 883 del Código de Comercio, "para que sea viable la condena del deudor al pago de intereses comerciales, se requiere que se encuentre en mora de cumplir su obligación principal. Es la mora la que da lugar al pago de intereses no estipulados. En este proceso no se demostró ninguno de los eventos de mora contemplados por el artículo 1608 del C. C. En consecuencia, si no se demostró la mora, la condena al pago de intereses comerciales es improcedente, en virtud de la regla 3ª del artículo 305: 'si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último'" (Subrayado del texto).

Remata el impugnante el cargo afirmando que "si el Tribunal hubiese aplicado las reglas contenidas en los artículos 304, 305 y 306 del C.P. C. y 1742, 1611, 1615, 1616, 1617 y 1746 del C. C., se habría abstenido de declarar la nulidad del acto y de pronunciar condena en contra del demandado por corrección monetaria y por intereses y en su lugar se habría pronunciado sobre la inexistencia demandada, se habría abstenido de pronunciar condena por corrección monetaria y se habría pronunciado sobre intereses de manera diferente a como lo hizo, teniendo en cuenta, en todo caso, la buena fe del demandado y, sobre todo, desde cuándo se causaron" (subrayado del texto).

#### CONSIDERACIONES

1. *El artículo 305 del C. C. consagra el principio de la congruencia de los fallos, según el cual la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que dicho Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*La falta de consonancia del fallo con los extremos de la controversia entraña un ejercicio excesivo o defectuoso de la jurisdicción por lo que al contenido del mismo atañe, y, por consiguiente, ofrécese aquélla en tres casos a saber: cuando se concede algo distinto de lo pedido (extra petita); cuando se otorga más de lo pedido (ultra petita); y cuando se deja sin decidir algún punto de la pretensión o alguna de las excepciones (citra petita). En la última hipótesis el fallo es deficiente, puesto que no ha*

desatado la litis en su totalidad; y en las tras dos, excesivo por cuanto el sentenciador carece de jurisdicción para proveer sobre cuestiones que no fueron sometidas a su decisión.

Sin embargo, el fallador no desborda los límites de su actividad jurisdiccional cuando decide sobre puntos que expresamente no le fueron propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado ex officio por la ley, como cuando decide oficiosamente sobre la nulidad absoluta de una convención, pues en el punto ha dicho la doctrina de la Corte: "no hay incongruencia entre las peticiones de la demanda y las resoluciones del sentenciador cuando el juez al declarar de oficio una nulidad absoluta y las consiguientes restituciones, con fundamento en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, no se atiene a los términos de la relación jurídico-procesal y falla extra petita, excepcionalmente autorizado por la ley en defensa del orden público, con la natural limitación de que la nulidad sea pronunciada con audiencia de quienes celebraron el acto inválido" (G.J. Tomo LXXIX, pág. 246).

El criterio anterior lo ha seguido reiterando la jurisprudencia de la Corte, como puede observarse de la sentencia de 4 de septiembre de 1986, en donde se aclara además, que cuando el juzgador declara oficiosamente la nulidad absoluta del negocio jurídico que controvierten las partes, no tienen por qué pronunciarse expresamente sobre las súplicas de la demanda, por cuanto con la declaración ex officio de la nulidad "el juez agota íntegramente la instancia y decide la controversia, negando implícitamente las peticiones de la demanda o la prosperidad de las excepciones formuladas en la contestación".

2. Adviértese que frente a las anteriores consideraciones el ataque por incongruencia en la modalidad de extra petita que le enrostra el recurrente a la sentencia del Tribunal, carece totalmente de fundamento pues la declaración de nulidad absoluta de una convención es de aquéllas para las cuales el fallador está facultado ex officio, sin sujetarse a los términos de la relación jurídico-procesal, máxime si en sentir del ad quem concurrían todos y cada uno de los requisitos exigidos para proceder en tal sentido.

Y como la declaración oficiosa de la nulidad absoluta de una convención conlleva los pronunciamientos consecuenciales atinentes a las restituciones mutuas, para retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes de la celebración del pacto anulado, tampoco se deduce, entonces, que haya vicio de inconsonancia en la modalidad anotada por el recurrente al disponer que la devolución que debe hacer el demandado al demandante de la suma de dinero recibida por el primero "por causa y con ocasión de la promesa..." se efectúe con la correspondiente corrección monetaria, más los intereses corrientes comerciales.

Y en punto a la corrección monetaria, la Corte ha considerado que debe reconocerse, aun sin petición de parte, cuando es el resultado forzoso de una declaración de nulidad absoluta, como acontece en este proceso, pues recientemente expresó: "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 su 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” (Cas. Civ. de 19 de marzo de 1986, aún sin publicar).

3. De otro lado, si el recurrente estima que la decisión del Tribunal es ilegal por haber supuesto la prueba documental del contrato anulado o por cualquier otro motivo, es cuestión que no incide en la consonancia del fallo acusado, pues la causal segunda de casación no está contemplada para reparar tal clase de yerros.

En consecuencia, el cargo no prospera.

#### *Cargo segundo*

Denúnciase violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 1740, 1741, 1742, 1746, 1611, 1615 y 1617 del Código Civil; 26 de la Constitución Nacional y 883 y 884 del Código de Comercio.

El recurrente emprende la demostración de la interpretación errónea de que fueron objeto los textos acusados, expresando que:

a) Conforme al artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez “aún sin petición de parte cuando aparezca de modo manifiesto en el acto o contrato” (subrayado del texto).

De acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Corte, “el sentido genuino de la expresión manifiesto que usa el artículo 2° de la ley 50 de 1936, es el de que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato, sin necesidad de recurrir para demostrarla, a otras piezas del proceso o elementos probatorios, sin que sea susceptible de interpretación ni de discusiones” (Cas. Civ. de 10 de octubre de 1944, LVIII, 45).

Sin embargo, prosigue el censor, “no se acompañó a la demanda ni durante el curso del proceso, ningún instrumento en el cual apareciere consignado el acto contrato y, consiguientemente, su nulidad manifiesta y ostensible”. Y que “sin un proceso de interpretación derivado de las normas que regulan la confesión, relacionada con otras pruebas, no puede deducirse la nulidad decretada por el Tribunal, tomándola del interrogatorio de parte absuelto por el demandado, como prueba anticipada”.

Además, afirma que el mismo Tribunal en su sentencia contempló diversas opiniones relativas a la consensualidad de la promesa mercantil y que “esa circunstancia ha debido impedirle decretar la nulidad del acto, porque, al decir de la Corte, tanto éste como la nulidad deben aparecer de tal manera que no sean susceptibles de

interpretación ni de discusiones. Deben aparecer de bulto en el respectivo instrumento”.

Concluye la crítica en el punto expresando que “la nulidad relativa del acto y la absoluta cuando no aparece de manifiesto en el acto o contrato, solamente pueden ser declaradas cuando han sido incorporadas en la demanda o en las excepciones u otras oportunidades de ley, previo el diálogo probatorio y las alegaciones que corresponda”;

b) Al decretar el Tribunal la nulidad, sin haberle sido pedida y sin poderla declarar oficiosamente, quebrantó no sólo el artículo 1742 del Código Civil, sino también los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1740, 1741 y 1611 del Código Civil, “pues el caso *sub lite* no es el previsto en ellos”;

c) Y de la misma manera quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional, “al condenar al pago de corrección monetaria sin habérselo solicitado el actor”. Y además violó los artículos 1608, 1615, 1616, 1617 y 1742 del Código Civil, 883 y 884 del Código de Comercio “por haber interpretado que tales normas permiten pronunciar condena al pago de intereses comerciales sin que medie la mora del deudor, y sin tener en cuenta su buena fe, lo cual es exactamente lo contrario de su contenido y alcance”.

Puntualiza la trascendencia del cargo expresando que si “el Tribunal hubiese entendido correctamente el artículo 1742 del C. C. y demás normas que señaló como quebrantadas, no habría declarado la nulidad que declaró; ni habría pronunciado condenas por corrección monetaria e intereses, y en su lugar se habría pronunciado sobre la inexistencia del acto demandado y habría dispuesto lo que fuese consecencialmente pertinente, de acuerdo a la ley, en relación con corrección monetaria e intereses, absteniéndose de pronunciar tales condenas”.

### *Cargo tercero*

Por éste, se acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 1608, 1611, 1615, 1617, 1740, 1741 y 1742 del Código Civil y los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, por aplicación indebida, y de los artículos 1616, 1746 del Código Civil, 26 de la Constitución Nacional como norma del Código Civil y 845, 846, 850 y 863 del Código de Comercio por falta de aplicación, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda.

Desenvuelve el recurrente la censura recalando que es cosa sabida que el juez no puede declarar oficiosamente la nulidad relativa sin que previamente haya sido alegada y probada en el proceso y que la absoluta sólo puede ser declarada oficiosamente cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

Apoya esa última afirmación en la consideración de que según la Corte, ese requisito fundamental quiere decir “que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta o, lo que es igual, que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato sin necesidad de recurrir para demostrarla a otras piezas del proceso o elementos probatorios, sin que sea susceptible de interpretación ni de discusiones” (sentencias

que son infinidad, entre otras 22 de octubre de 1952, LXXIII, 395 y 10 de octubre de 1944, LVIII, 45)". Y remata: "sin que medie el requisito expresado no puede la nulidad absoluta ser declarada oficiosamente".

A renglón seguido el impugnante anota que el Tribunal admitió que el acto celebrado entre las partes era susceptible de discusión y de interpretaciones, cuando advirtió que en tratándose de la promesa de contratar de carácter mercantil, se controvierte a la luz del actual Código de Comercio su naturaleza consensual o solemne, discusión que le habría impedido el *ad quem* declarar una nulidad que no había sido demandada ni mencionada por parte alguna, a todo lo largo del proceso, que le habría impuesto la obligación de examinar si el demandante había solicitado o no la condena al pago de la corrección monetaria, y si el actor como fundamento de sus pretensiones había o no invocado las normas legales aplicables a la nulidad y si su petición de que "no ha existido promesa de compraventa" le señalaba el alcance exacto del ámbito dentro del cual podía moverse.

Por ello, continúa el censor, "ha debido apreciar la demanda en su exacto contenido, admitiendo o rechazando las peticiones deprecadas en ella".

Advierte entonces el recurrente que "al cotejar las decisiones adoptadas en la sentencia con las peticiones de la demanda, no queda duda alguna de que el Tribunal amplió, modificó o cambió el contenido real de la última, adicionándola, lo cual significa que la interpretó erróneamente de hecho, por suposición".

Concluye el reclamo afirmando que "este error medio lo condujo a declarar la nulidad del acto, a condenar al pago de una corrección monetaria no pedida, y a pronunciar condena sobre intereses sin considerar la ausencia de dolo en el demandado, y su buena fe, ni que se trataba de oferta mercantil aceptada, y no de promesa de contrato (arts. 845, 846, 850, 861 y 863 del C. de Co.)".

#### *Cargo cuarto*

En éste se denuncia la sentencia de ser violatoria de los artículos 1608, 1615 y 1617 del Código Civil; 883 y 884 del Código de Comercio, por aplicación indebida; y de los artículos 1616 y 1746 del Código Civil; 307 del Código de Procedimiento Civil y 845, 846, 850, 861 y 863 del Código de Comercio, por falta de aplicación, como producto de error de derecho cometido por el Tribunal en la apreciación de la declaración de parte del demandado, y la confesión contenida en la demanda.

Inicia el recurrente el desenvolvimiento del cargo poniendo de presente el contenido global de los textos legales acusados y transcribiendo el del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, que también dejó de aplicar y cuya omisión llevó al Tribunal a apreciar la confesión del demandado, rendida primero en interrogatorio anticipado y después en interrogatorio practicado durante el proceso, "admitiendo únicamente lo desfavorable a éste mas no lo favorable, dividiendo su confesión en forma contraria a la ley, es decir, apreció mal ambos interrogatorios".

Y con fundamento en ese presupuesto afirma que "en ambos interrogatorios el demandado admite haber recibido del demandante la cantidad de dos millones de pesos m/cte. (\$2.000.000.00); en ambas oportunidades que fue él, el demandante,

quien lo buscó para proponerle compra de la finca El Diamante (sic), situada en Cubarral; en ambas declara igualmente que fue el demandante y no él quien le formuló propuesta del acto jurídico; declara también en ambas oportunidades que él aceptó la oferta y que como consecuencia de dicha oferta fue que el demandante le entregó la suma de \$2.000.000.00. Agrega que el demandante quedó de ir nuevamente a Acacias a los quince días para firmar las correspondientes escrituras, llevándole el saldo del precio (término). Y además dice a qué personas y en qué extensión hizo en tres compras diferentes, correspondientes a tres globos distintos expresando la cabida de cada uno (objeto determinable)". Y que el demandado también declaró: "...que tenía encargados a varios comisionistas de gestionarle la venta de la finca".

Y continúa el impugnante aseverando que "ninguna prueba que desvirtúe el dicho del demandado, existe en el proceso".

Así, dice el censor, que tanto el demandante en su libelo como los declarantes en sus testimonios ratifican o confirman, en esencia, y aún en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo dicho por el confesante.

Remata el punto expresando que en tales condiciones la confesión del demandado ha debido ser apreciada por el Tribunal "...como una confesión cualificada o calificada, según la doctrina, en cuanto por ella se demuestra: 1) o bien que fue el demandante quien hizo la oferta de comprar al demandado y que éste la aceptó y que, como resultas de tal aceptación, le dio los dos millones de pesos m/cte. (\$2.000.000.00); 2) o bien, que fue el demandado quien por intermedio de sus comisionistas hizo la oferta de venta al demandante y que éste la aceptó, y como consecuencia o por razón de esa aceptación hizo entrega al demandado de los dos millones de pesos (\$2.000.000.00) como arras del negocio".

El impugnante prosigue la crítica probatoria precisando que de la demanda también se desprende con absoluta claridad que "no fue el demandado quien se retractó del acuerdo o convenio que había celebrado con el demandante, sino que fue éste quien por considerar que el inmueble no reunía los requerimientos exigidos por él, se retractó" y que esa confesión, "por haber sido hecha en la demanda, tiene el valor que le torga el artículo 197 del C. de P. C., a la del apoderado judicial".

De tal suerte, dice el censor, independiente de quien haya sido el proponente y el aceptante, "...lo cierto es que se hizo una oferta o propuesta que fue aceptada, o por el primero o por el segundo, según el caso. Y también lo cierto es que fue el demandante quien se retractó, después de que la oferta o propuesta había sido aceptada".

Admite el recurrente que si bien dicho acto no alcanzó a ser promesa, porque era inexistente o nula, lo cierto es que en su sentir tal acuerdo estaba llamado de todas maneras a producir algún efecto, como cualquier otro válidamente celebrado, tomándolo por ejemplo como una oferta que fue aceptada, y que como tal y como acto previo y preparatorio de un contrato posterior, debía producir algún efecto, aunque no fuera propiamente los de la promesa de contratar mercantil o civil.

Sentadas esas bases, el impugnante concluye que “esa oferta y su aceptación, son actos que se cumplieron dentro de la etapa precontractual, porque ésta se inicia precisamente con la oferta” y el efecto jurídico de ese acto no es otro que el previsto por el artículo 863 del Código de Comercio, que le obliga a las partes “proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Con apoyo en esta regla, el censor observa que conforme a las pruebas que obran en el proceso y especialmente a la luz de la declaración o confesión de parte del demandado, la confesión contenida en la demanda y las declaraciones de terceros, éste “procedió de buena fe exenta de culpa al aceptar la oferta de compra que se le hizo o al hacer la oferta y recibir su aceptación, acompañada en ambos casos del dinero que quiso el demandante entregarle como ‘arras del negocio’”.

En cambio, prosigue el inconforme, el demandante no obró en la misma forma, pues si entregó la suma de dinero aludida como “arras” o simplemente como acto preparatorio de un contrato posterior y se equivocó respecto de las calidades que debía tener la finca que pretendía adquirir, hecho que vino a conocer poco después de haber entregado el dinero, “tal equivocación resalta que obedeció a su incuria, a su impericia, a su falta de cuidado, a su negligencia en el precio del inmueble, examen que tuvo oportunidad de hacer íntegra y minuciosamente y que según su dicho no hizo, como ha debido hacerlo antes de entregar el dinero. Esa incuria, esa impericia, esa falta de cuidado, esa negligencia, constituyen elementos configurativos de culpa en la entrega del dinero”.

En esas condiciones y teniendo en cuenta además que fue “el demandante quien, a sabiendas de que el hecho de haber entregado los \$2.000.000.00 al demandado había tenido origen en su propia culpa, se retractó de concluir el negocio y pidió el reintegro del dinero que había entregado, el Tribunal ha debido darle aplicación al precitado artículo 863 del Código de Comercio, protegiendo al demandado, ‘a cuyo favor ha debido... reconocer o declarar o pronunciarse sobre los perjuicios provenientes del mal proceder, no exento de culpa, en que incurrió el demandante en la etapa precontractual’”.

Puntualiza, finalmente, la trascendencia del cargo expresando que “como quiera que ninguna de las otras pruebas que obran en autos, ni en su conjunto ni individualmente consideradas, permiten mantener la sentencia impugnada, pues los testimonios de Guillermo Murillo, Jorge Campos y Nury Tovar, visible a folios 57 a 50 (sic) del cuaderno principal no contradicen el dicho del demandado ni del demandante y antes bien lo ratifican; el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, visible a folio 81 y la exhibición del folio 79, producen igual efecto, pruebas todas que son las únicas que obran en el proceso, el cargo que formulo es trascendente hasta el extremo de no permitir que el fallo pueda quedar apoyado en pruebas distintas de las erróneamente apreciadas, que lo son los dos interrogatorios del demandado y la confesión de la demanda”.

#### CONSIDERACIONES

1. Al proceder la Sala a decidir los tres cargos que con apoyo en la causal primera de casación le formula en su demanda el recurrente a la sentencia que ahora se

impugna, se advierte, al primer golpe de vista, que todos ellos adolecen ostensiblemente del mismo defecto de técnica que los hace necesariamente imprósperos, cual es el de no estructurar la indispensable proposición jurídica completa.

Insistentemente ha dicho la Corte que "cuando la sentencia del Tribunal 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 la proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (Sentencias de 16 de noviembre de 1967; 3 de noviembre de 1975; 23 de agosto de 1977; 10 de abril de 1978; 5 de diciembre de 1986, entre otras).

2. En el presente caso es palmar que el Tribunal, como inequívocamente se infiere del extracto que de su sentencia se ha hecho, estimó que la pretensión del actor debía acogerse, no en la forma literal como había sido formulada sino como una declaración de nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa materia del litigio, por cuanto advirtió que así fuera comercial, el convenio estaba afectado de algunos vicios que le impedían producir obligación alguna, y en tales circunstancias las cosas dadas y recibidas con ocasión y por razón de ese pacto debían volver a su estado anterior. Congruente con esta conclusión dedujo que la situación fáctica debía gobernarse por la preceptiva contenida en los artículos 89 de la Ley 153 de 1887; 822 del Código de Comercio y 2º de la Ley 50 de 1936.

Lo cual significa que por haber encontrado demostrados los presupuestos fácticos previstos en esas tres normas, para decidir la controversia las hizo actuar en ella al aplicarlas. Y siendo ello así, como en realidad lo es, era deber del recurrente denunciar como quebrantados, por aplicación indebida, dichos tres textos legales sustanciales que son los que constituyen el fundamento jurídico del fallo y cuya aplicación en él por absoluta ausencia de impugnación en el punto, sigue amparada por la presunción de acierto.

Resultan así todos los tres cargos incompletos en su formulación y por ende ineficaces, sin que le sea dado a la Corte, como Tribunal de Casación, considerar oficiosamente violaciones no denunciadas por el recurrente, pues se le veda el carácter eminentemente dispositivo del recurso extraordinario.

3. Es indudable que el recurrente en los cargos segundo y tercero denunció como infringidos por interpretación errónea y aplicación indebida, respectivamente, los artículos 1611 y 1742 del Código Civil. Pero es también incuestionable que tales preceptos estaban derogados para la época de la celebración del contrato materia de la controversia, y por lo tanto no estaban llamados a tutelar la situación de hecho originada por la ejecución o inexecución de dicho pacto, celebrado apenas en agosto de 1983.

Encontrándose pues derogadas dichas disposiciones, no podía el Tribunal quebrantarlas ni aún aplicándolas, porque en tales casos las que se infringirían serían las normas legales que por hallarse vigentes para cuando se celebró el acuerdo, han debido hacerse actuar en el caso litigado, es decir, los precitados artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 2º de la Ley 50 de 1936, que desde tales años vinieron a sustituirlos.

4. Además, separadamente cada uno de estos cargos ofrecen los defectos de técnica que a continuación se puntualizan:

a) El segundo cargo, a pesar de venir apoyado en la vía directa, por interpretación errónea de los preceptos allí invocados, el censor lo desarrolla bajo el argumento de que en el expediente no milita "ningún instrumento en el cual apareciere consignado el acto o contrato, y por consiguiente su nulidad manifiesta y ostensible", por cuanto no se acompañó a la demanda ni se incorporó en el curso del proceso, lo cual pone de manifiesto que el recurrente estima que el Tribunal dio por establecidos, sin estarlos, los presupuestos fácticos requeridos para declarar de oficio la nulidad absoluta del pacto objeto de controversia en este pleito. Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, apreciación que se corrobora cuando el mismo recurrente afirma que "sin un proceso de interpretación derivado de las normas que regulan la confesión relacionadas con estas pruebas, no puede deducirse la nulidad decretada por el Tribunal, tomándola del interrogatorio de parte absuelto por el demandado, como prueba anticipada", sustentación que pone de presente que no se trata de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial;

b) En los cargos tercero y cuarto, el recurrente también omite citar como quebrantado el artículo 822 del Código de Comercio, que el Tribunal aplicó expresamente en su sentencia, cuando considerando que el pacto que dio origen al litigio, así fuera de carácter comercial, requería para su validez de la concurrencia de los requisitos señalados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cuya aplicación al caso *sub lite* permitía el artículo 822 del Código de Comercio.

De tal manera que, habiéndose valido el sentenciador de segundo grado del contenido del artículo 822 del Estatuto Mercantil para aplicarle al caso controvertido algunas normas de carácter civil, por cuanto estimó que la regulación del Código de Comercio en el punto no era completa o porque se había dejado a la disciplina de la normativa civil gobernar el aspecto controvertido, era también deber inexcusable del recurrente señalar en la formulación de estos cargos como violado el precitado artículo 822, que como lo ha dicho la Corte "viene a ser el gozne por cuya virtud se consigue trasladar normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles en los puntos enumerados por el mismo artículo" (Cas. Civ. de 12 de diciembre de 1986, aún sin publicar).

Así lo ha venido pregonando la doctrina de la Corte, cuando en recientes fallos expresó:

"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 señalamiento de tal disposición, que permite el influjo recíproco de los dos conjuntos normativos que de manera general hállese precisado en los términos de los artículos 1º y 2º del Código

de Comercio" (Cas. Civ. de 5 de agosto de 1985; 12 y 15 de diciembre de 1986, aún sin publicar).

Por consiguiente, los tres cargos analizados tampoco prosperan.

#### 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 13 de enero de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario de Apolonio Cruz Alejo contra Benjamín Poveda Reina.

Condénase a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas en este 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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## REMATE

Su naturaleza jurídica. Pueden afectar su validez vicios de carácter sustancial o procesal. Estos últimos sólo son alegables dentro del mismo proceso. Bajo el imperio de la Ley 105 de 1931, la subasta podía suspenderse para continuar al día siguiente, sin que se incurriera por ello en causal de nulidad.

## CORRECCION MONETARIA

Prueba. Por haber entrado la devaluación al campo de los hechos públicos y notorios, el damnificado se encuentra relevado de su demostración.

## CASACION

Violación ley sustancial: Error de hecho. Cuándo ocurre en la interpretación de los contratos.

Buena fe: Es cuestión de hecho que por su misma naturaleza se coloca bajo la ponderación discrecional del sentenciador.

---

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

-- Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decídese el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia de 9 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Rafael Montoya Mejía y la sociedad Arrocería Riogrande Limitada contra Roberto Herrera Vélez.

## ANTECEDENTES

I. Por demanda de 22 de julio de 1970, que por repartimiento le correspondió al Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, solicitaron los mencionados demandantes

que con audiencia del demandado, se declarase que aquéllos son dueños de un bien raíz ubicado en el municipio de Engativá y descrito en la súplica primera de la demanda y, como consecuencia, se condenase al demandado a su restitución, junto con los frutos civiles y naturales, como poseedor de mala fe, desde el 4 de octubre de 1965 hasta que se realice la entrega del inmueble. Subsidiariamente pidieron que se declarase a Rafael Montoya Mejía como dueño de la mitad del inmueble y se condenase al demandado a la restitución de dicho derecho cuotativo junto con el valor de los frutos civiles y naturales.

II. Como causa *petendi*, la parte demandante alegó:

a) Que Rafael Montoya Mejía es dueño de un derecho de mitad de una finca conocida con el nombre de San Bernardo, situada en el municipio de Engativá, con una cabida aproximada de treinta y tres fanegadas y media;

b) Que el derecho de mitad lo adquirió Montoya Mejía “por adjudicación que en comunidad con Arrocera Riogrande Limitada les hicieron en el remate verificado en la sucesión de Campo Elías Aldana Gutiérrez, registrado el 4 de abril de 1966”;

c) “En virtud de negociación proyectada y no realizada con todas las solemnidades legales, por escritura pública o por documento privado que llenara las condiciones para la validez de una promesa de contrato”, Montoya Mejía “trató de negociar con el señor Herrera Vélez parte del inmueble”, mas como éste no cumplió, “carece de justificación para poseer u ocupar todo el inmueble con desconocimiento marcado de los derechos de los verdaderos propietarios”;

d) Que Montoya Mejía “está dispuesto a entregar la suma que para el negocio proyectado recibió del señor Herrera, como es obvio, pero sin menoscabo de las prestaciones a cargo de éste, a las cuales no renuncia el doctor Montoya Mejía”;

e) Que el demandado se encuentra en posesión del inmueble desde 1965.

III. El demandado respondió en el sentido de negar los hechos de oponerse a las súplicas de la demanda y de formular la excepción de contrato no cumplido.

IV. Por separado y en escrito de 2 de diciembre de 1970, el demandado Herrera Vélez, en demanda de reconvencción, solicitó que se dispusiese que los contrademandados Montoya Mejía y la sociedad Arrocera Riogrande Limitada están obligados “a otorgar escritura de compraventa” al reconviniente de la finca “San Bernardo” y a pagarle a éste los perjuicios causados por no haber cumplido aquéllos con la mencionada obligación.

V. Como presupuestos de hecho de sus pretensiones, refirió los siguientes:

a) Que Rafael Montoya Mejía y la sociedad Arrocera Riogrande Limitada, prometieron venderle a Roberto Herrera Vélez “la mitad proindiviso de la finca” San Bernardo, por la suma de ciento sesenta mil pesos (\$160.000.00), precio que fue pagado por el prometiente comprador así: “\$60.000.00 al firmarse el documento, y \$100.000.00 el 7 de diciembre de 1965, cumpliendo en tal forma, en forma escrita lo pactado en dicho documento”;

b) En el documento contentivo de la promesa, los prometientes vendedores autorizaron al prometiente comprador a entrar en posesión del inmueble y así se cumplió;

c) "Los prometientes vendedores se obligaron en el citado documento a transferir el dominio del derecho proindiviso al día siguiente del en que se aprobara el remate en virtud del cual aquéllos habían adquirido la propiedad de la totalidad del inmueble; esta obligación no fue cumplida por los prometientes vendedores, pues aunque se extendió la escritura de compraventa en la Notaría Décima de Bogotá, ésta fue firmada únicamente por el gerente de la sociedad Arrocería Riogrande Limitada y por el señor Roberto Herrera Vélez, pues el doctor Rafael Montoya Mejía no concurrió nunca a la Notaría a cumplir tal obligación, no obstante la infinidad de requerimientos que le fueron hechos";

d) "Los mismos contratantes convinieron en la venta de la otra mitad proindiviso del inmueble a favor de Roberto Herrera Vélez por la cantidad de \$195.000.00, a la cual éste abonó \$151.000.00; la venta de este derecho debía hacerse simultáneamente con el derecho que fue materia de la promesa de compraventa, o sea que la escritura correspondiente debía otorgarse por la totalidad del inmueble";

e) Que Herrera Vélez ha estado dispuesto a cumplir las estipulaciones acordadas con los contrademandados;

f) Que Herrera Vélez, con motivo de no tener el título de propiedad del inmueble San Bernardo, ha sufrido perjuicios y, por demás, ha hecho mejoras en el predio por un valor superior a \$200.000.00.

VI. Enterados los contrademandados de las pretensiones del reconviniente, respondieron con oposición a las súplicas, con negación de unos hechos y con admisión únicamente del alusivo a la posesión del demandado del predio San Bernardo.

VII. Con sentencia de 8 de junio de 1977, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin a la primera instancia, mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda principal y desfavorablemente las de la reconvenición.

VIII. Inconforme el demandado Herrera Vélez con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 9 de febrero de 1983, en el que se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"Reformar la sentencia de fecha junio ocho (8) de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida por el señor Juez Doce Civil del Circuito de Bogotá, objeto de la apelación, la cual quedará así:

*"A. Demanda principal*

"1. Decláranse infundadas las excepciones propuestas por el demandado, Roberto Herrera Vélez, tanto genéricas como la de 'contrato no cumplido'.

"2. Declárase que pertenece en pleno dominio a Rafael Montoya Mejía y a la sociedad denominada 'Arrocera Riogrande Limitada', el bien inmueble que se determina en la demanda por la ubicación y linderos allí anotados.

"3. Condénese al demandado Roberto Herrera Vélez, a restituir el inmueble antes mencionado, dentro del término de ocho días siguientes al de la ejecutoria del auto de obedécese y cúmplase que ha de proferir el *a quo*.

"4. Condénese al demandado Roberto Herrera Vélez, a pagar a los demandantes, Rafael Montoya Mejía y sociedad 'Arrocera Riogrande Limitada', los frutos naturales y civiles que haya producido y produzca el inmueble, desde la fecha de la notificación de la demanda hasta que tenga la finca en su poder. Su valor será establecido mediante el procedimiento indicado por el artículo 308 del C. de P. C., respetándose en lo pertinente la prueba pericial practicada en el proceso.

"5. Se absuelve al demandado del pago de los deterioros que hubiera sufrido el inmueble en su poder".

#### "B. *La contrademanda*

"1. Absuélvase a los demandados de los cargos formulados en las peticiones primera y segunda de la contrademanda; en consecuencia, no están obligados a suscribir instrumento alguno.

"2. Decrétase la nulidad de la promesa de compraventa aludida por los contrademandados y contenida en el documento suscrito entre ellos el 4 de diciembre de 1965 en esta ciudad de Bogotá.

"3. En consecuencia, debiendo volver las cosas al estado anterior, el contrademandante queda en la obligación de restituir a los contrademandados el inmueble, objeto de la promesa, conforme se ordenó anteriormente.

"4. Condénase a los contrademandados a pagar al contrademandante Herrera, el valor de trescientos veintiún mil pesos (\$321.000.00) por concepto del precio que recibieron por el pacto, más los intereses legales desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se verifique, esto es, desde que se efectuaron los pagos, hasta que se devuelva su valor. Práctiquese por el *a quo* la liquidación correspondiente.

"5. Condénase a la parte demandante a pagar al demandado por concepto de mejoras, la cantidad de trescientos veintiún mil pesos (\$321.000.00), más los intereses legales, desde que se hicieron exigibles, hasta que se efectúe el pago.

"6. Si al hacer las compensaciones del caso, que al efecto se ordenan, resultare que los demandantes quedan debiendo al demandado valor alguno por concepto de las mejoras cuyo reconocimiento se hizo, se autoriza a Roberto Herrera para que retenga el inmueble, hasta tanto no se le cubra dicho valor.

#### "Costas y perjuicios

"a) Se condena al demandado a pago de las costas causadas en ambas instancias de la demanda principal. Líquidense.

“b) Condénase a Roberto Herrera Vélez a pagar a los contrademandados el valor de las costas causadas, en razón de la demanda de reconvención, en un 30%. Liquidense.

“c) No se condena en perjuicios (arts. 72 y 73 del C. P. C.).

“Niéganse las demás pretensiones formuladas entre las partes”.

IX. Ante la solicitud de aclaración, corrección y adición que formulara la parte demandada a la sentencia anterior, el Tribunal, por providencia de 24 de mayo del mismo año, dispuso lo siguiente:

“1º Niégase la aclaración, adición o modificación de la sentencia en cuanto se refiere a los dos primeros reparos formulados por el apoderado de la parte demandada.

“2º En cuanto al tercer reparo se dispone:

“Se aclaran los puntos 4º y 5º de la parte correspondiente a la Contrademanda de la parte resolutive de la sentencia de fecha 9 de febrero de 1983, los cuales quedan así:

“4º Condénase a los contrademandados a pagar al contrademandante Herrera, el valor de trescientos veintiún mil seiscientos pesos (\$321.600.00) por concepto del precio que recibieron por el pacto, más los intereses legales desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se verifique, esto es, desde que se efectuaron los pagos hasta que se devuelva su valor. Practíquese la liquidación correspondiente.

“5º Condénase a la parte demandante a pagar al demandado por concepto de mejoras, la cantidad de trescientos treinta y un mil pesos (\$331.000.00), más los intereses legales desde que se hicieron exigibles, hasta que se efectúe el pago”.

X. Contra el fallo de segundo grado interpusieron el recurso de casación el demandante Rafael Montoya Mejía y el demandado Roberto Herrera Vélez, y encontrándose el expediente en la Corte, 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 su reconstrucción.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL Y SUS MOTIVACIONES

Una vez que el sentenciador de segundo grado refiere los antecedentes del litigio, da por establecidos los presupuestos procesales y ve en la demanda principal una pretensión de reivindicación, señala enseguida que ésta se abre paso porque sus elementos gozan de respaldo probatorio, así:

a) El dominio se ha acreditado con copia auténtica de la diligencia de remate efectuada en el proceso ejecutivo adelantado por la Nación contra los herederos de Campo Elías Aldana, en la cual consta que el 3 de diciembre de 1965 se adjudicó a Gerardo Posada Restrepo el inmueble objeto de la reivindicación, habiendo obrado éste como mandatario de la sociedad Arrocería Riogrande Limitada y de Rafael Montoya Mejía. Esta copia, añade el *ad quem*, tiene la nota de registro y obra además el correspondiente certificado, indicativo así mismo de la forma como adquirió el causante Aldana Gutiérrez;

b) La posesión del predio por el demandado se pone de manifiesto con la confesión que éste hizo en la demanda de reconvención, con prueba documental, con los testimonios rendidos por José Hernando Martínez Huertas, Rodulfo Montoya Sánchez, Abraham Porras Pachón, Alfonso Marroquín Palomino y Joaquín Emilio Vargas y con prueba de inspección judicial;

c) La identidad del bien se pone de presente con pruebas de inspección judicial y pericial.

Enseguida el Tribunal expresa:

“Del análisis de este conjunto de pruebas, se concluye que el demandado es el poseedor del inmueble que se pretende reivindicar desde el 4 de diciembre de 1965, en razón de habérselo entregado los demandantes, según convenio celebrado entre ellos en dicha fecha”.

Luego el Tribunal hace una incursión al tema de la buena y mala fe, ubicando al demandado Herrera Vélez en la primera, con apoyo en que éste adujo prueba documental de haber sido autorizado por los demandantes para tomar la posesión del bien raíz reivindicado.

Posteriormente, el sentenciador de segundo grado aborda el medio exceptivo propuesto por el demandado Herrera Vélez y de entrada expresa que no prospera porque, por una parte no se está en presencia de una pretensión de resolución o de cumplimiento de contrato y, de otra, porque si bien es cierto que cuando existe una promesa de contrato válida, la reivindicación no procede en tanto no se invalide, se tiene que en el caso sub-análisis, la promesa invocada habrá de anularse y, por ende, la pretensión reivindicatoria tiene la vía expedita.

Despejado lo anterior, entra el Tribunal al examen de las pretensiones principales contenidas en la demanda de reconvención, las que encuentra imprósperas por ser nulo el contrato de promesa, como quiera que no se ajustó a las exigencias de la ley (arts. 89 Ley 153 de 1887 y 2° de la Ley 50 de 1936), pues ni determinó el bien raíz ni se indicó la notaría donde debía solemnizarse el contrato prometido.

Empero, agrega el Tribunal, en cuanto “al reconocimiento del crédito por razón de mejoras del inmueble por parte del demandado, solicitado en forma subsidiaria, ha de observarse que éstas fueron (testimonios de Felipe Leonardi, Rodulfo Montoya y Abraham Porras) probadas y valuadas debidamente, luego ha de condenarse al demandante a pagar su valor, según dictamen rendido por los peritos, más los intereses legales, desde que se hicieron exigibles, hasta que el pago se verifique.

“Las demás peticiones de la contrademanda deben denegarse, a excepción de las costas que por este concepto deben pagar los demandantes en un 30% de las causadas por razón de la demanda de reconvención, en ambas instancias”.

Culmina el *ad quem* expresando que el demandado Herrera Vélez debe pagar el valor de los frutos a partir de la notificación de la demanda principal.

Y respecto de la solicitud de aclaración, corrección y adición de la sentencia formulada por la parte demandada y contrademandante, sienta el Tribunal las reflexiones siguientes:

a) Que fue claro el fallo al expresar que en materia de sucesión procesal no se daban las condiciones del artículo 60 del C. de P. C.;

b) Que en el fallo no se ofrece contradicción o duda, porque es obvio que al referirse al demandante, en él se aludía al “contrademandante y si se refería al demandado, aludía al contrademandado”;

c) Que le asiste “razón al memorialista en cuanto al error mecanográfico de la parte resolutive que se refirió a cantidades diferentes a las reales, luego al respecto sí cabe la aclaración pedida”.

#### EL RECURSO DE CASACIÓN

Contra la sentencia que se deja resumida, recurrieron en casación el demandante Rafael Montoya Mejía y el demandado Roberto Herrera Vélez, quienes oportunamente presentaron sus demandas.

Empero, como la parte demandada combate más ampliamente las decisiones del fallo del *ad quem* y el ataque de la parte demandante sólo es parcial, se despachará prioritariamente la primera.

#### DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

##### *Cargo primero*

Denuncia quebranto de los artículos 669, 762, 768, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 965, 966, 969 y 970 del C. C. por aplicación indebida; 465, 467 y 469 del C. de Co. derogado, 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, vigentes cuando se trabó la relación procesal y 117 del actual Código de Comercio, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la estimación de las pruebas.

En procura de demostrar el cargo, la censura afirma lo siguiente:

a) Que el Tribunal dio por establecidos los presupuestos procesales, entre ellos la capacidad para ser parte de la sociedad Arrocería Riogrande Limitada;

b) Que para la época en que se trabó la relación jurídico procesal —diciembre de 1970—, la constitución y existencia de una sociedad, según los artículos 465 del anterior Código de Comercio y 40 de la Ley 28 de 1931, podía acreditarse “con la escritura de constitución debidamente registrada o con el certificado de la Cámara de Comercio, el cual debía contener las indicaciones generales exigidas para los extractos de que trataba el artículo 469 precitado”;

c) Que la representación de las sociedades se establecía, por ese entonces, en los términos del artículo 41 de la Ley 28 de 1931;

d) Que actualmente la existencia y representación de las sociedades comerciales se establece como lo indica el artículo 117 del C. de Co.;

e) Que tanto en la legislación anterior como en la actual, son diferentes la prueba de la existencia y de la representación de las sociedades, por lo que “la certificación que se expida para acreditar la representación de la sociedad, en modo alguno sirve de prueba de su existencia”;

f) Que a pesar de que el *a quo*, por auto de 28 de agosto de 1970, dispuso que la sociedad demandante acreditara su constitución y representación, la parte actora únicamente trajo prueba de su representación, según el certificado que obra al folio 14 del cuaderno principal expedido por el presidente y secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá con sujeción al artículo 41 de la Ley 28 de 1931.

g) Que, por consiguiente, el Tribunal incurrió en los yerros fácticos siguientes: 1° “No vio que en ese documento dicen expresamente el presidente y el secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, que la mencionada certificación se expide ‘para los efectos del artículo 41 de la Ley 28 (sic) de 1931’, o sea para probar la representación de la sociedad, no su constitución y existencia”. 2° No se dio cuenta de que en ese certificado (fl. 14) no se contienen las indicaciones que el artículo 40 de la Ley 28 de 1931 exigía para acreditar la constitución y existencia de la sociedad. 3° Pasó por alto la manifestación hecha por la parte demandante en el escrito que obra a folio 15 del cuaderno principal, en el sentido de que acompaña el certificado de la Cámara de Comercio “que acredita a don Gerardo Posada R. como gerente de la sociedad Arrocería Riogrande Limitada”. Y no percibió que en parte alguna, con esa certificación, no se prueba la existencia y constitución de la sociedad mencionada, ni llena las exigencias del artículo 117, pues por lo menos falta la constancia de que la sociedad no se encuentra disuelta.

La censura finaliza expresando que de no haber incurrido el *ad quem* en los evidentes yerros fácticos, o sea, de haberse dado cuenta que con dicha certificación tan solo se demostraba la representación de la sociedad demandante, mas no su existencia, habría concluido con fallo inhibitorio por ausencia de prueba de la capacidad para ser parte de Arrocería Riogrande.

#### SE CONSIDERA

1. Cuando la censura se sitúa en el ámbito de la causal primera de casación y le endilga a la sentencia del Tribunal haber infringido la ley sustancial, originada en yerro evidente de facto en la apreciación de una prueba, consistente en suponer hechos que la misma no exterioriza o revela, tal yerro no se da y resulta ser más aparente que real, como cuando en el proceso aparecen otros medios de convicción que ponen de presente la existencia del hecho.

2. Es posible, que ciertamente una prueba, que es la que se impugna, no contenga el hecho que señala la censura como supuesto; empero, también es posible que, existiendo en el litigio otras pruebas, con éstas se establezca lo que la primera no indica o señala. Cuando así sucede, no se ofrece el yerro de hecho, en primer término, porque no lo hay y, en segundo lugar, porque existiendo otras pruebas que la censura no combate, el reparo en tales condiciones no resulta ser cabal o completo.

Por consiguiente, cuando las conclusiones que ha tomado el *ad quem* tienen fundamento en multiplicidad de pruebas, y cada una de ellas le es suficiente soporte

para mantenerlas, aun en el supuesto que le asistiera razón en el ataque que formulara el recurrente a la apreciación que hizo el juzgador de una de las pruebas, la Corte no podría quebrar el fallo en tales circunstancias, porque la decisión se sostendría en las otras pruebas no combatidas por la censura (G. J. XXXVIII, 58; LXXXII, 240; LXXXVIII, 596; XCVIII, 10; CXV, 60; CLI, 199).

3. Precisamente, cabe recordar el criterio doctrinal de la corporación en el punto, el cual ha constituido en que "la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de las pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas pruebas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión" (Cas. Civil] de 11 de abril de 1972, CXLII, 146).

4. En la especie de esta *litis*, si bien el certificado expedido por la Cámara de Comercio, a que alude la censura, sólo acredita la representación de la sociedad Arrocería Riogrande Limitada, también es cierto que en el proceso (fl. 153 obra un certificado referente a la constitución de la mencionada sociedad; a las reformas introducidas, a las disposiciones que la rigen y al representante legal).

5. Entonces, si al proceso se incorporó el anterior medio de convicción, que por una parte no pugna con la conclusión sacada por el *ad quem* en lo que toca con el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte y, por otra, el recurrente no combatió, fácil es inferir que el cargo no prospera.

#### *Cargo segundo*

Lo hace consistir en violación de los artículos 669, 740, 741, 745, 749, 762, 764, 766, 768, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 965, 966, 969 y 970 del C. C. por aplicación indebida; 744, 745, 749, 1741 del C. C., 2º de la Ley 50 de 1936, 451 ordinal 2º, 452, 457, 1043, 1044, 1046, 1050 y 1058 del C. J., vigentes cuando se llevó a cabo el remate y 306 del C. de P. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de la diligencia de remate aducida como título de propiedad de los demandantes.

En el desenvolvimiento del cargo, la censura sienta las apreciaciones que seguidamente se compendian:

a) Que en el proceso de ejecución adelantado por la Nación contra Campo Elías Aldana, habiéndose señalado el día 3 de diciembre de 1965, para realizar el remate del bien raíz que se reivindica, tal diligencia se verificó en los días 3 y 4 de dicho mes, porque habiéndose iniciado el 3, después de varias pujas, siendo las seis y media p.m. y como quiera que continuaron las ofertas, el juez fiscal "ordenó suspender la diligencia para continuarla el día cuatro de diciembre del presente año a las nueve de la mañana", y al efecto así sucedió, adjudicándose el inmueble a los demandantes.

b) Que la falta de las formalidades del remate "vicia de nulidad la subasta, según lo establecía el artículo 451 del Código Judicial y lo dispone el artículo 153 del actual Código de Procedimiento Civil";

c) Que los artículos 1033 a 1055 de la legislación vigente a la fecha de la diligencia de remate reglamentaban todo lo concerniente al remate de bienes y, en el

punto, la censura las describe, de cuyo contenido, afirma, se desprende que no puede "el juez suspender la diligencia —de remate— para continuarla en fecha distinta de la señalada inicialmente", lo cual confirma la doctrina de los tratadistas, que transcribe;

d) Que según jurisprudencia, las formalidades del remate constituyen requisitos necesarios para la validez del mismo o a *ad substantiam*;

e) Que siendo nulo el remate o título traslativo de dominio, la tradición también lo es y, por consiguiente, al realizarse la subasta del bien raíz los días 3 y 4 de diciembre de 1965, "los aquí demandantes, a quienes se les adjudicó el inmueble mencionado... no adquirieron el derecho de dominio sobre el mismo", o sea, "no demostraron... el primero de los elementos axiológicos de la pretensión reivindicatoria aducida en la demanda";

f) Que siendo nulo el remate, el *ad quem* debió declarar oficiosamente fundada la excepción de nulidad (arts. 2º de la Ley 50 de 1936 y 306 del C. de P. C.);

g) Que al no haber actuado así y, por el contrario, al tener por demostrado el señorío sobre el bien reclamado por los demandantes, incurrió en los yerros fácticos siguientes: 1º No vio que la diligencia de remate se llevó a cabo los días 3 y 4 de diciembre de 1965, ni se dio cuenta de que en el acta se dice que se señaló el día primeramente citado, mas sin embargo se adjudicó el 4 de diciembre. 2º No percibió el sentenciador de segundo grado que por haberse suspendido la diligencia de remate para continuarla al día siguiente, la subasta quedó afectada de nulidad. 3º No vio que el mencionado vicio aparecía de manifiesto en el acta de remate;

h) Finaliza la censura insistiendo en sus puntos de vista.

#### SE CONSIDERA

1. *La doctrina y la jurisprudencia, al abordar el punto referente a la naturaleza jurídica del remate, no han dudado en calificarlo de ser un "acto híbrido", "combinado" o "complejo de disposición de bienes", por cuando es inocultable que se trata de un acto jurídico sustancial de compraventa y de un acto procesal, lo cual se traduce en que para su integración concurren las normas pertinentes de uno y otro estatuto.*

2. *A raíz de lo anterior, el remate puede verse afectado en su validez, por la ocurrencia de vicios de carácter sustancial, ora por actuaciones meramente procesales. En cuanto a lo primero, se rige por los principios que gobiernan los actos y declaraciones de voluntad, en cuanto éstos carezcan de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato; respecto de los segundos, por las normas consagradas en la legislación procedimental.*

3. *Ahora bien, el remate, según la legislación ritual, es nulo, entre otros eventos, cuando se pretermiten en él las formalidades previas o concomitantes establecidas por la legislación procedimental (arts. 451 de la Ley 105 de 1931 y 153 del C. de P. C.), vicio éste que otrora podía alegarse en proceso diferente (art. 457 de la Ley 105 de 1931) y que actualmente no acontece lo propio, por haberse eliminado dicha permisibilidad legal, acabando en esa forma con la inseguridad de los remates.*

4. Aclarado lo anterior, no sobra agregar que para la época en que se efectuó el remate que aquí exhiben los demandantes como título del señorío del bien que reivindicaban, establecía el régimen jurídico imperante a la sazón, que debía señalarse fecha y hora para la celebración del remate, con la debida anticipación, y que debería comenzar a la hora fijada, sin que se pudiera cerrar la licitación antes de haber transcurrido tres horas de principiado (arts. 1037, 1038, 1043 y 1044 Ley 105 de 1931). La validez de tal actuación no quedaba comprometida, en ese preciso punto, cuando con motivo de la multiplicidad de participantes en la subasta y, por ende, de la ocurrencia de pujas y repujas se rebasaba el breve lapso de tres horas, porque en tal evento, no "puede considerarse que se ha pretermitido ninguna de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, porque fuera de que una declaración de nulidad fundada en esa excesiva circunstancia pecaría de excesivamente formalista, la prolongación de la subasta está dentro del espíritu de la ley, pues tuvo por motivo precisamente favorecer los intereses del ejecutado, dando oportunidad y campo a nuevas pujas que hicieran subir el valor del remate. Ya se dejó dicho que los trámites y formalidades que la ley establece para los remates de bienes tienen especialmente el significado de garantías y seguridades establecidas en beneficio de los deudores sometidos a cobranza por la vía ejecutiva" (G. J. LV, 275).

Y en pos de este criterio, también se sostuvo por la doctrina particular que si al vencerse la jornada judicial continuaban las pujas, no era óbice para que se suspendiera la diligencia de remate y se dispusiese continuarla al otro día, pues por una parte la ley no limitaba el máximo de duración de la licitación, ni habían cesado las ofertas, ni se lesionaba ningún derecho y, menos el de las partes, ni los fines de la ley que estaba y está orientada a lograr el mayor precio.

Conforme con el criterio precedente, sostuvo la Corte en sentencia de 3 de agosto de 1972, no publicada, que el remate no quedaba afectado en su validez, por la circunstancia de que el juez, ante la concurrencia de varios postores y en cuya práctica ya se había empleado más de tres horas, pudiese suspender la diligencia para continuarla en fecha posterior, porque la ley de entonces (Ley 105 de 1931) no establecía como solemnidad que se celebrara en un solo acto ininterrumpido y en una misma fecha. Ciertamente, dijo en el punto: "...el juez podía suspender la diligencia —de remate— de cuya práctica ya había empleado más de tres horas y anunciar a los concurrentes que la terminaría en otra fecha... Por demás, no existe norma que exija que el remate haya de llevarse a cabo en un solo acto, es decir, que prohibía su suspensión. Si el querer del legislador hubiera sido el de que el remate se celebrara en un solo acto ininterrumpido, lo habría dicho expresamente, como lo dijo por ejemplo en el inciso final del artículo 1080 del Código Civil respecto del testamento".

Dedúcese de lo expuesto, que el Tribunal, al estimar como prueba del dominio de los demandantes el remate que éstos hicieron en un proceso ejecutivo, iniciado el 3 de diciembre y culminado al día siguiente, no cometió el yerro fáctico que le achaca la censura y, por lo mismo, no infringió las normas sustanciales señaladas en el cargo.

No prospera, pues, la acusación.



### *Cargo tercero*

Denuncia quebranto de los artículos 669, 762, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 965, 966, 969 y 970 del C. C., por aplicación indebida, a causa de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

La parte recurrente explica el cargo sobre el aserto de que al haber entrado el demandado, según el hecho 5º de la demanda, a poseer el 4 de octubre de 1965 el bien materia del litigio y haber adquirido los demandantes por adjudicación que se les hizo en diligencia de remate realizada los días 3 y 4 de diciembre de 1965, sin que éstos aportasen el título de su antecesor en dominio, se infiere que la pretensión de reivindicación no podía prosperar, porque el título exhibido por los actores no es anterior, sino posterior a la posesión del opositor.

Con el propósito de demostrar el planteamiento antes compendiado, expresa la censura que el *ad quem* incurrió en la infracción de la ley sustancial señalada, debido a los yerros fácticos siguientes: 1) Pasó por alto el hecho 5º de la demanda en donde se dice que el demandado Herrera Vélez “entró en posesión del inmueble desde el día 4 de octubre de 1965”, afirmación ésta que implica confesión. 2) Que le hizo decir al convenio que obra al folio 44 lo que no dice, o sea, que el demandado entró a poseer el 4 de diciembre de 1965. 3) Que no se dio cuenta que la demanda de reivindicación, al ser posterior al documento mencionado, constituye un elemento de juicio para interpretar la cláusula 4ª del mismo. 4) Que no se dio cuenta que el acta de remate, como prueba del título de dominio de los demandantes, es posterior a la fecha en que según el hecho 5º de la demanda entró en posesión el demandado, sin que exista prueba que desvirtúe dicho acontecimiento.

Remata el cargo expresando que de no haber cometido el Tribunal los anteriores yerros fácticos, no habría decretado la reivindicación.

#### SE CONSIDERA

El cargo no se abre paso, por los motivos siguientes:

a) La conclusión sacada por el Tribunal en el sentido de que el demandado entró el 4 de diciembre de 1965 en posesión del bien materia del litigio, no sólo lo apoyó en el denominado “Convenio de Folios 44”, sino en otras pruebas, no combatidas por la censura, como la confesión que hizo el mismo demandado Herrera Vélez en el hecho tercero de su demanda de reconvencción.

En efecto, dice el Tribunal en el punto:

“Admite el demandado al proponer la demanda de reconvencción, en el punto 3º que los actores Montoya y la sociedad ‘Arrocera Riogrande’ en virtud del pacto celebrado el 4 de diciembre de 1965, prometieron venderle la mitad proindiviso de la finca y que en razón del mismo autorizaron al prometiende comprador para que tomará inmediata posesión del inmueble y que éste ‘se posesionó del inmueble’”;

b) También se apoyó el Tribunal en los testimonios de Abraham Porras Pachón y Joaquín Emilio Vargas.

Esta prueba tampoco la ataca la censura;

c) El mismo demandado, al contestar el hecho 5º de la demanda principal, afirma que “no es cierto”, o sea, que no posee desde el 4 de octubre de 1965. Y no deja de ser significativo, que el apoderado del demandado en la primera instancia en su alegato de conclusión, manifieste que ciertamente su mandante Herrera Vélez no entró a poseer el 4 de octubre de 1965, sino el 4 de diciembre del mismo año.

d) Que el alcance que el Tribunal le dió a la cláusula del contrato, es la que más se acomoda a la inteligencia del mismo y, por demás, a la realidad de las pruebas que no combatió la censura.

e) Que en la redacción del hecho quinto de la demanda principal, al afirmar que el demandado Herrera Vélez entró en posesión del inmueble desde “el día 4 de octubre de 1965”, simplemente se cometió un *lapsus calami*, como se desprende de la prueba.

#### *Cargo cuarto.*

Lo presenta así:

“Con apoyo, igualmente, en la causal primera de casación, denuncio quebranto indirecto, por parte del Tribunal, de los artículos 669, 762, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 965, 966, 969, 970, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936 y 89 de la Ley 153 de 1887, por haberlos aplicado indebidamente al caso litigado; y los artículos 1602, 1603, 1969 y 2177 del mismo código y 33 de la Ley 57 de 1887, por falta de aplicación. Todo a causa de los errores manifiestos en que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas que adelante puntualizo”.

A título de introducción, la censura hace las reflexiones siguientes:

a) Que en los días 3 y 4 de diciembre de 1965, se realizó el remate y, como Gerardo Posada hubiera hecho el día 4, a nombre de Arroceras Riogrande Limitada y de Rafael Montoya Mejía, la mejor oferta, se adjudicó el inmueble y, en esa misma fecha los rematantes suscribieron el documento “que obra al folio 44 del cuaderno primero”, el que transcribe la censura.

b) Que el mencionado documento registra el antecedente de que Herrera Vélez estaba interesado en rematar el bien y fué así como concurrió a la licitación el 3 de diciembre, habiendo quedado como mejor postor; mas como éste no pudiera concurrir a la subasta del día siguiente, acordó con Montoya Mejía que éste asistiera y remataría el bien en pro de Herrera Vélez, quien le entregó la suma de \$60.000.00 y se comprometió a darle \$100.000.00 más para consignar oportunamente el saldo del precio, pero Montoya Mejía no concurrió y le “confió a Gerardo Posada el encargo que le había hecho Herrera Vélez”. Posada, sin embargo, remató la totalidad del inmueble para Arroceras Riogrande Limitada y Rafael Montoya Mejía. Al informarle éste a Herrera que sólo le correspondía la mitad del inmueble, acordaron entonces, en firmar el documento en cuestión, mediante el cual le cedían la mitad de lo rematado. Y no pudiendo negar el acuedo referido, en el hecho de la demanda principal se hace referencia a él, aunque calificándolo de promesa de venta; por su

parte, el demandado y a la vez reconviniente, en su demanda de mutua petición, afirma la existencia de tal convenio y los reconvenidos admiten que Herrera está en posesión del inmueble del litigio.

c) Que en estas condiciones, la relación procesal se trabó sobre la base de la existencia de tal convenio y el Tribunal acepta que el demandado Herrera entró en posesión a raíz del referido acuerdo.

d) Empero, sucede, que el *ad quem*, al decidir las súplicas de la demanda de reconvenición y al considerar que se trataba de una promesa de contrato de compraventa, incurrió en error de hecho en interpretación de la cláusula quinta, puesto que la intención de las partes y lo que realmente ocurrió, "fue que Herrera Vélez confirió un mandato oculto a Montoya, para que rematara para él todo o parte del inmueble 'San Bernardo', de acuerdo con el artículo 2177 del C.C., y que Montoya, a su vez, delegó en Gerardo Posada". Lejos de celebrar una promesa de contrato estaban los contratantes, sino frente a un mandato oculto y, para cumplir los fines de éste, acudieron a uno de cesión.

e) Como el Tribunal centró su atención a la frase final del acuerdo o convenio, prescindiendo de las demás cláusulas, incurrió en yerro fáctico, al alterar en esa forma el contenido del documento suscrito el 4 de diciembre de 1965, lo cual lo llevó a declarar la nulidad de una promesa de contrato que no se había celebrado y, por ende, a acoger las pretensiones reivindicatorias, cuando en realidad no podía hacerlo, porque el contrato, mientras no se invalide es ley para las partes y, tal como lo sostiene la jurisprudencia, mientras esté vigente, no es aceptable "o jurídico" que un contratante, por la vía de la acción reivindicatoria, desconozca por sí la eficacia jurídica del negocio del cual surgen para él determinadas obligaciones.

f) Culmina la censura expresando que el sentenciador de segundo grado, al ver en el documento de 4 de diciembre de 1965 un contrato de promesa de venta, cuando en realidad contiene otro diferente, incurrió en yerro fáctico y en el quebranto de las normas sustanciales ya señaladas.

#### SE CONSIDERA

1. La interpretación de los contratos, ha dicho de manera reiterada la jurisprudencia, es una cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, y por tanto, la que haga el Tribunal no es susceptible de modificarse en casación, a menos de aparecer de modo evidente en los autos que el fallador *ad quem* incurrió en ostensible error de hecho, "como cuando supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen o sacrifica su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o al sentido común" (Cas. Civ. de 21 de noviembre de 1969, CXXXII; 7 de octubre de 1976 y 28 de agosto de 1978, aún no publicadas).

2. En pos del criterio precedente, se tiene que si el juzgador, en la labor de hermenéutica de las cláusulas de un contrato les asigna una inteligencia o interpretación razonable o posible, no se configura en tal evento un yerro con las características de evidente, porque como bien lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, "cuando una cláusula se presta a dos interpretaciones razonables o siquiera posibles, la adopción de cualquiera de ellas por el sentenciador no genera error evidente,

puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación” (Cas. Civ. de 3 de julio de 1969, CXXXI, 14). Y es apenas obvio que el yerro de facto, cuya característica fundamental es el de que sea evidente, o como lo observa la doctrina de la Corporación, que “salte de bulto” o “brille al ojo”, sólo se presenta “cuando la única estimación acertada sea la sustitutiva que se propone. Por manera que la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de sopesar distintas posibilidades, que termina con la escogencia de la más probable, ‘sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso’” (Cas. Civ. de 30 de enero de 1962, XCVIII, 21; 4 de mayo de 1968, aún no publicada; 20 de mayo de 1970, CXXXIV, 146 y 147).

3. No se resiente, con las características de contener un error evidente, la conclusión a que llegó el Tribunal en la calificación del contrato celebrado entre los litigantes de deducir de él la existencia de un negocio jurídico de promesa de compraventa sobre la mitad del bien raíz rematado por los demandantes y no deducir de él la celebración de un contrato de mandato oculto, pues al confrontar lo que se dice en el texto de la referida convención con la hermenéutica que hizo el fallador y con la que propone la censura, se tiene que la conclusión del Tribunal en el punto, es razonable y, por ende, posible; en cambio la que propone el recurrente, máxime por lo que pasa a decirse.

4. En la primera instancia las partes no controvertieron que el negocio jurídico entre ellas celebrado fuese diferente del de promesa de compraventa. Por el contrario, el demandado recurrente desde el comienzo del litigio y, fundamentalmente, en su demanda de reconvencción y, en sus alegatos, insistió en que el aludido negocio consistió en una promesa de contrato de compraventa.

5. De otro lado, no aparece en el litigio elemento de convicción que permita inferir que el contrato de 4 de diciembre de 1965 es contentivo de un mandato oculto.

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

#### *Cargo quinto*

Por éste último, acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, 965, 966, 1544, 1602, 1746 del C. C. y 831 del C. Co., por falta de aplicación, a consecuencia de yerros fácticos cometidos en la estimación de las pruebas.

El ataque al fallo, que es parcial, por cuanto lo dirige concretamente a las condenas de que dan cuenta los numerales 4 y 5 de la parte resolutive, lo desenvuelve sobre las apreciaciones siguientes:

a) Que así como la ley procura la equivalencia de las obligaciones entre vendedor y comprador al tiempo de la celebración del contrato, dado su carácter conmutativo, esa misma equivalencia ha de procurarse cuando con motivo de haberse dejado sin efectos el contrato, bien sea por decreto de resolución o de nulidad, se producen las restituciones mutuas. Por tal virtud, añade la censura, la jurisprudencia viene sosteniendo, que para precaver el enriquecimiento sin causa y,

por tanto, para restablecer el equilibrio de las prestaciones a cargo de las partes, se debe tener en cuenta, que hoy se presenta como hecho notorio, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda;

b) Sobre la base del decreto de nulidad del contrato de promesa de compraventa, el *ad quem* condenó a los contrademandados a pagar al contrademandante Herrera, la cantidad de \$321.000.00 “por concepto del precio que recibieron por el pacto, más los intereses legales... esto es desde que se efectuaron los pagos hasta que se devuelva su valor”. Y los condenó, así mismo, a pagarle a aquél, por concepto de mejorías, la cantidad de \$321.000.00, más los intereses legales desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se efectúe (numerales 4 y 5 del aparte B de la parte resolutiva)”;

c) A pesar de que el reconviniente Herrera solicitó se corrigiera el error aritmético en que incurrió el Tribunal, y éste así lo aceptó, respecto de las condenas precedentes, puesto que el monto total entregado por aquél a los reconvenidos fue de \$331.000.00 y no de \$321.000.00; y el valor de las mejoras según la prueba pericial era de \$321.000.00 y no de \$331.000.00, en forma inexplicable, cayó en nuevo error, pues “condenó a los contrademandantes (sic) a restituir a Herrera Vélez, por concepto del precio, la cantidad de \$321.600.00 (que era el de las mejoras), y por concepto de éstas los condenó a pagar la de \$331.000.00 (que era el del precio). Hubo, pues, una inversión de los valores”;

d) Que el Tribunal sólo tuvo en cuenta el monto de las sumas entregadas por Herrera Vélez entre el 4 de diciembre de 1965 y el 8 de abril de 1966 y el valor de las mejoras efectuado en noviembre de 1974, por lo que no es justo “que se ordene a los reconvenidos restituir las sumas que recibieron del reconviniente hace dieciocho años, entregándole un número de moneda igual a los \$331.000.00 de ese entonces, pero de un poder adquisitivo manifiestamente inferior al que tenían en esa época. Ni que se les condene a pagar la cantidad de \$321.600.00 por concepto de mejoras, sin tener en cuenta que esa suma no tiene el poder adquisitivo que tenía diez años atrás. Ni es equitativo que los riesgos de la desvalorización monetaria los soporte en su totalidad Herrera Vélez, mientras que los contrademandados van a obtener indiscutible provecho de esa situación económica al recibir un inmueble con un valor muchísimas veces superior al que tenía en diciembre de 1965”;

e) Entonces, incurrió el sentenciador de segundo grado en error evidente de hecho al no “haber visto que los \$331.000.00 de 1965 y 1966, y los \$321.600.00 de 1974, no tienen hoy día el mismo poder adquisitivo que tenían en esos años, debido al fenómeno de la desvalorización, que por ser un hecho notorio, según doctrina reiterada de la Corte, no requiere prueba al tenor del artículo 177 del C. de P. C. En no haber percatado que para lograr la restitución de las cosas al estado anterior, era menester que los contrademandados entregaran a Herrera Vélez unas sumas de dinero que para el día de la entrega representaran el poder adquisitivo que para 1965 y 1966, tenía la cantidad de \$331.000.00 y para 1974 la de \$321.000.00. Por último, en no haberse dado cuenta de que tales sumas, como bien lo nota la Corte, apenas en mínima parte vendrían a reemplazar las que Herrera Vélez entregó en esa época, y la que según los peritos valían las mejoras en 1974”;

f) "Incurrió, así mismo, en evidente yerro fáctico al no haberse percatado que del documento que obra al folio 44 del cuaderno primero, de los que obran a los folios 45, 46, 86 y 87 y del concepto de los peritos del folio 97, aparece que el monto de las sumas que Herrera Vélez entregó a los contrademandados es de \$331.000.00 y no de \$321.600.00, como se expresa en el numeral 4 de la providencia aclaratoria de la sentencia. Y al no tener en cuenta que el valor de las mejoras, según el dictamen pericial del folio 93 del cuaderno 1º, es de \$321.600.00 y no de \$331.000.00 como se dice en el numeral 5º de esa providencia. El error de hecho aparece de bulto, pues alteró la objetividad de esos medios de prueba, haciéndoles decir algo que no expresan".

Este cargo se despachará conjuntamente con el primero de la demanda de casación de la parte demandante, por su afinidad en cuanto a las resoluciones atacadas.

#### *Cargo primero de la demanda de casación de la parte demandante*

Acusa la sentencia del *ad quem* de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas.

En el desenvolvimiento del cargo la parte lo circunscribe a las resoluciones contenidas en los ordinales 4º y 5º, concretamente en cuanto se le impuso a los demandantes la obligación de pagar intereses sobre el monto de dinero que debían devolver al demandado y sobre el valor de las mejoras reconocidas a éste, siendo que dichos accesorios no fueron pedidos ni en el escrito de respuesta a la demanda principal, ni en la de reconvencción.

#### SE CONSIDERA

1. *La jurisprudencia de la Corte, en fallos de 24 de abril y de 9 de julio de 1979, acudiendo a los principios generales del derecho y a una más actualizada hermética de la ley, se inclinó por aceptar la corrección monetaria de determinadas obligaciones.*

2. *La inflación y depreciación de la moneda, por su reiteración o cronocidad, entró, según la doctrina más real y aceptable, al campo de los hechos públicos y notorios, con lo cual se está afirmando que el damnificado se encuentra relevado de su demostración, máxime cuando el mismo Estado lo viene aceptando con la expedición de normas de reconocimiento implícito de tales fenómenos, como ocurre con los ajustes salariales al sector público y privado que se hacen cada año, con las pensiones, con las obligaciones tributarias, con la reglamentación y funcionamiento de las unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), etc.*

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

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

4. Como el Tribunal condenó a los demandantes a devolverle al demandado la suma de \$321.600.00, cuando su monto era de \$331.000.00, sin ordenar por demás la consiguiente corrección monetaria, no obstante ser un hecho público y notorio el envilecimiento progresivo de la moneda, cometió el yerro de hecho que se le achaca y, por ende, infringió las normas sustanciales indicadas en la censura. Igualmente desacertó el *ad quem* al ordenar el pago del valor de las mejoras teniendo en cuenta el valor que de las mismas se hizo en 1974, cuando según la ley, el poseedor vencido, de buena fe, tiene derecho a que se le abonen las mejoras por lo que valgan al tiempo de la restitución (arts. 965 y 966 del C. C.).

5. También cayó en falencia el Tribunal, por decisión *extra petita*, al condenar a los demandantes a pagar intereses sobre el valor de las mejoras, porque ni era un extremo del litigio, ni podía oficiosamente hacer tal condena.

6. Viene de lo dicho que prospera el cargo quinto formulado por el demandado y parcialmente el cargo primero de la demanda de casación de la parte demandante.

#### *Cargo segundo*

Lo hace consistir en quebranto del artículo 1746 del Código Civil, por falta de aplicación, a virtud de "la condena al resarcimiento de frutos procede desde el mes de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y no desde época anterior".

En la explicación del cargo dice el recurrente que no es equilibrado y justo que se condene a la parte reivindicante a pagar intereses desde que recibió unos dineros y en cambio se condene al poseedor a pagar el valor de los frutos desde la notificación de la demanda.

Luego la censura se da a la tarea de citar y transcribir algunos apartes de jurisprudencia sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico.

#### *Cargo tercero*

Denuncia quebranto de los artículos 964 inc. 3º, 966 inc. 1º y 1746 del C. C., los dos primeros por aplicación indebida y, el último, por falta de aplicación.

En el desarrollo del cargo afirma la censura que el demandado no ignoraba que el inmueble no había entrado a su patrimonio, en atención a la nulidad del contrato, por lo que a la situación controvertida le es aplicable el artículo 1746 del C. C. en lo que respecta al pago de los frutos, condena que debió hacerse desde que el demandado entró en posesión del bien y no desde la notificación de la demanda y sobre la consideración de la buena fe.

## SE CONSIDERA

1. El Tribunal, para condenar al demandado Herrera Vélez a pagar a los demandantes el valor de los frutos desde la notificación de la demanda, se apoyó en la circunstancia de aparecer demostrado en el proceso la buena fe con que entró al predio el mencionado Herrera y la prolongación de la misma hasta la notificación de la demanda principal.

2. Si la calificación de la buena o mala fe la hace el sentenciador con respaldo en las pruebas que obran en el litigio, como aquí aconteció, el juicio del fallador en ese aspecto es una cuestión de hecho, que solo puede variarse en casación si se demuestra que el Tribunal incurrió en desaciertos en la estimación de las pruebas.

3. Sobre el particular tiene sentado la jurisprudencia que *“la buena o mala fe en principio importa una cuestión de hecho, que por su misma naturaleza se coloca bajo la ponderación discrecional del sentenciador, cuya calificación al respecto no es susceptible de modificarse en casación, salvo que se compruebe un manifiesto error de hecho o uno de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que le sirvieron de base al fallador de instancia para determinar la clase de fe con que actuó el litigante”* (Casación Civil de 12 de diciembre de 1979, aún no publicada).

Se rechazan los cargos.

*Cargo cuarto*

(Corresponde al quinto de la demanda).

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de infringir el artículo 1625 del C. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Sólo se propone el recurrente en este cargo que se case la sentencia en cuanto lo dispuesto en ella en el ordinal cuarto, o sea, en cuanto condenó a los demandantes principales a pagarle a Herrera la suma de \$321.600.00, más intereses, siendo que el demandante Montoya Mejía no recibió la mitad de esa suma, por lo que apenas debió condenársele “por lo que en realidad recibió”.

En la explicación del cargo, luego de referirse a las cláusulas del contrato de compraventa celebrado entre la Sociedad Arrocería Riogrande Limitada y la Sociedad Herrera Obregón Limitada, contenido en la escritura pública No. 3478 de 16 de junio de 1979, de la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, concluye que dicho documento pone de presente que no podía acontecer una condena como la que se hizo.

Más adelante expresa el recurrente que la sentencia no hizo distinción entre lo recibido por la Sociedad Arrocería Riogrande y lo recibido por Rafael Montoya Mejía de Herrera Vélez. Y como este último no recibió la mitad de la suma antes dicha, “apenas procedía condena en su contra por lo que en realidad recibió”.

### *Cargo quinto*

(Corresponde al sexto de la demanda).

Denuncia quebranto de los artículos 264, 305 del C. de P. C., 1 y 12 del Decreto 960 de 1970, 1602, 1608 y 1617 del C. C., a consecuencia de yerros fácticos cometidos por el Tribunal en la estimación de las pruebas.

Este último cargo está orientado a combatir la resolución 5 del fallo, o sea, la condena impuesta a los demandantes principales de pagar al demandado, por concepto de mejoras, la suma de \$331.000.00, más los intereses legales desde que se hicieron exigibles.

Al igual que el anterior, lo desenvuelve la censura sobre el aserto que da por reproducido lo dicho en aquél, insistiendo que no se tuvo en cuenta la escritura pública No. 3478, que pone de presente la negociación de la mitad del bien celebrada entre Arrocería Riogrande Limitada y la Sociedad Herrera Obregón Limitada, o sea, que de haberse tenido en cuenta, la condena por mejoras no habría sido por la totalidad.

Por último, la censura se duele de la improcedencia de la condena respecto de intereses.

#### SE CONSIDERA

1. El Tribunal, para condenar a los demandantes principales a restituir al demandado Herrera Vélez la suma de que trata la resolución cuarta de la parte resolutive, se basó en "la prueba pericial" y en los "recibos" que obran en el proceso. Y para la condena de que trata la resolución quinta, se apoyó en prueba testimonial y en la de peritos.

2. Ante la situación precedente, la censura, para que fuese cabal, debió comprender en su impugnación, la estimación que hizo el Tribunal de las pruebas antes referidas. Empero, como así no actuó, el cargo no puede prosperar, porque la sentencia se mantendría en pie con apoyo en las pruebas no combatidas por el recurrente.

3. Por otra parte, respecto del cargo cuarto, el artículo 1625 del C. C., que se concreta a señalar los modos de extinción de las obligaciones, no configura por sí solo, en el evento de esta *litis*, la proposición jurídica completa, porque el fallador de segundo grado, para definir la condena de que trata el ordinal cuarto, tuvo en cuenta otras normas sustanciales que la censura no señala como infringidas. Y lo propio acontece con la condena de que trata el ordinal quinto.

4. Finalmente, respecto del reparo que le formula a la condena que se hizo a la parte demandante de pagar intereses sobre el monto de las mejoras, es supérfluo considerar tal aspecto, por cuanto quedó despachado al estudiar el cargo primero o por incongruencia.

5. Como la parte de la sentencia que se combate en estos dos cargos resultó quebrada con motivo del despacho del último cargo de la demanda de casación formulada por el demandado y del primero de la presentada por los demandantes, es supérfluo estudiarlos.

#### SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. A título de introducción conviene aclarar que como sólo prospera el cargo quinto de la demanda de casación presentada por la parte demandada y, parcialmente el cargo primero de la formulada por el demandante Montoya Mejía, reparos éstos orientados a quebrar las decisiones tomadas por el Tribunal respecto de la restitución de una suma de dinero y pago del valor de mejoras, una y otra cantidad con intereses, a estos puntos se concreta la Corte en instancia. Por consiguiente, se mantendrán incólumes las demás decisiones tomadas por el Tribunal.

2. También es preciso aclarar y determinar que el *ad quem*, tanto en su sentencia de 9 de febrero de 1983, como en su decisión aclaratoria de 24 de mayo del mismo año, cometió el yerro de invertir los valores correspondientes a la suma de dinero que los contrademandados deben pagarle al contrademandante Herrera Vélez por concepto del precio que aquéllos recibieron del contrato anulado, como con el monto que los mismos deben pagarle al citado Herrera con motivo de las mejoras plantadas por éste.

3. Al despachar los cargos que prosperan se dijo que la declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico, por mandato del artículo 1746 del C. C., produce efectos retroactivos, o sea, cada parte debe devolver a la otra lo que haya recibido a consecuencia del acto o contrato nulo.

Por consiguiente, si por virtud de la sentencia o declaración judicial de nulidad de un acto o contrato, una de las partes corre con la obligación de devolver determinada suma de dinero y por el tiempo transcurrido entre el recibo de dicha suma y su restitución no mantiene su valor real de cambio, por la ocurrencia de fenómenos de envilecimiento de la moneda, la devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste.

Y si a raíz de la misma declaratoria de nulidad se debe pagar el valor de mejoras plantadas en el bien es clara la ley al establecer que el monto que debe pagarse es el que tengan éstas al momento de la restitución de la cosa (art. 966 del C. C.).

#### RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 9 de febrero de 1983 y su decisión aclaratoria, pronunciadas en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, actuando en instancia, resuelve:

“REFORMAR la sentencia de fecha junio ocho (8) de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida por el señor Juez Doce Civil del Circuito de Bogotá, objeto de la apelación, la cual quedará así:

*"A. Demanda principal*

"1. Decláranse infundadas las excepciones propuestas por el demandado, Roberto Herrera Vélez, tanto genéricas como la de 'contrato no cumplido'.

"2. Declárase que pertenece en pleno dominio a Rafael Montoya Mejía y a la Sociedad denominada 'Arrocera Riogrande Limitada', el bien inmueble que se determina en la demanda por la ubicación y linderos allí anotados.

"3. Condénase al demandado Roberto Herrera Vélez, a restituir el inmueble antes mencionado, dentro del término de ocho días siguientes al de la ejecutoria del auto de obedécese y cúmplase que ha de proferir el *a quo*.

"4. Condénase al demandado Roberto Herrera Vélez, a pagar a los demandantes, Rafael Montoya Mejía y Sociedad 'Arrocera Riogrande Limitada', los frutos naturales y civiles que haya producido y produzca el inmueble, desde la fecha de la notificación de la demanda hasta que tenga la finca en su poder. Su valor será establecido mediante el procedimiento indicado por el artículo 308 del C. de P. C., respetándose en lo pertinente la prueba pericial practicada en el proceso.

"5. Se absuelve al demandado del pago de los deterioros que hubiera sufrido el inmueble en su poder".

*"B. La contrademanda*

"1. Absuélvese a los demandados de los cargos formulados en las peticiones primera y segunda de la contrademanda; en consecuencia, no están obligados a suscribir instrumento alguno.

"2. Decrétase la nulidad de la promesa de compraventa aludida por los contrademandados y contenida en el documento suscrito entre ellas el 4 de diciembre de 1965 en esta ciudad de Bogotá.

"3. En consecuencia, debiendo volver las cosas al estado anterior, el contrademandante queda en la obligación de restituir a los contrademandados el inmueble, objeto de la promesa, conforme se ordenó anteriormente.

"4. Condénase a los contrademandados a pagarle al contrademandante Roberto Herrera Vélez la suma de trescientos treinta y un mil pesos (\$331.000.00), junto con sus intereses legales, desde que aquéllos recibieron dicho monto.

"PARÁGRAFO. El pago de la suma de trescientos treinta y un mil pesos se hará con la consiguiente corrección monetaria, de conformidad con las pautas señaladas en la parte motiva y con sujeción al trámite previsto en el artículo 308 del C. de P. C.

"5. Condénase a los contrademandados a pagarle al contrademandante Roberto Herrera Vélez el valor de las mejoras plantadas por el mencionado Herrera en el predio.

PARÁGRAFO. El valor de las mejoras será el que éstas tengan al momento de la restitución del bien raíz y se determinará con sujeción al trámite previsto en el artículo 308 del C. de P. C.

“6. Si al hacer las compensaciones del caso, que al efecto se ordenan, resultare que los demandantes quedan debiendo al demandado valor alguno por concepto de las mejoras cuyo reconocimiento se hizo, se autoriza a Roberto Herrera para que retenga el inmueble, hasta tanto no se le cubra dicho valor”.

*Costas y Perjuicios*

“a) Se condena al demandado al pago de las costas causadas en ambas instancias respecto de la demanda principal”;

“b) Condénase a Roberto Herrera Vélez a pagar a los contrademandados el valor de las costas causadas, en razón de la demanda de reconvenición, en un 30%”;

“c) No se condena en perjuicios (arts. 72 y 73 del C. de P. C.)”;

“d) No hay lugar a costas en el recurso extraordinario”.

Niéganse las demás pretensiones formuladas.

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 Martín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## DEMANDA

**Interpretación.** Marco dentro del cual le es posible al fallador atribuirle a la demanda la significación que en su sentir le corresponde; si sobrepasa dicho marco, incurre en evidente error de hecho.

## PROMESA DE COMPRAVENTA

Por ser la celebración del contrato el objeto de la promesa, el contrato prometido debe quedar perfectamente especificado o singularizado, en los sujetos, en el precio y en el bien, que si es inmueble debe determinarse por sus linderos.

## ACCION PAULIANA

Lo primero que debe analizarse para su prosperidad es la calidad de acreedor del demandante.

## NULIDAD SUSTANCIAL

**Declaración oficiosa.** No puede tomarse como un agravio que vaya en perjuicio de la parte recurrente, toda vez que se trata de cuestión en la que está de por medio el orden público.

---

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., veintitrés de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Provee la Corte en relación con el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados en contra de la sentencia dictada el cuatro (4) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, dentro del proceso ordinario donde es demandante Venancio Anaya Archila, y demandados: David Silva Vargas, Lucila Beltrán de Silva, Lucila Silva Ardila, Flor

María Silva de Ordóñez, Zoila Rosa Silva de Rangel, Margarita Silva de Molina, Ana Dolores Silva Beltrán, Esther Silva de Ocampo, Luisa Cecilia Silva de Hernández y Teresa Silva de Gómez.

#### ANTECEDENTES

Al Juzgado 2º Civil del Circuito de Bucaramanga, le correspondió el conocimiento de la demanda presentada por Venancio Anaya Archila en frente de los demandados ya mencionados, en la cual pidió: "Que se revoque, por haberse celebrado en fraude de los derechos del acreedor demandante, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 5216 del 18 de noviembre de 1983 de la Notaría 3ª de Bucaramanga, celebrado entre David Silva Vargas y Lucila Beltrán de Silva y sus hijas: Lucila Silva de Ardila, Flor María Silva de Ordóñez, Zoila Rosa Silva de Rangel, Margarita Silva de Molina, Ana Dolores Silva Beltrán, Esther Silva de Ocampo, Luisa Cecilia Silva de Hernández y Teresa Silva de Gómez, mediante el cual, aquéllos dijeron transferir a éstas el derecho de dominio, propiedad y posesión que tenían..." sobre un inmueble consistente en una casa de habitación junto con el terreno en que está construida, distinguida con el número 20-11 de la calle 69 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Bucaramanga, comprendido dentro de los linderos que se citan en la demanda. Que, en consecuencia, "el bien vendido por David Silva Vargas y Lucila Beltrán de Silva regrese a su patrimonio para que el aquí demandante pueda hacer cumplir el contrato de promesa de permuta celebrado con David Silva Vargas el 17 de marzo de 1983". Y, en fin, que se tomen otras determinaciones consecuenciales.

El actor fundamentó la pretensión en los siguientes hechos:

Por medio de "contrato de promesa de permuta" celebrado el 17 de marzo de 1983, Venancio Anaya Archila "prometía comprarle" a David Silva Vargas el derecho de dominio sobre el bien objeto del presente litigio, en la suma de \$1.400.000.00, pagaderos así: \$100.000.00, recibidos por el promitente vendedor; con "la entrega de inmediato (de) la posesión y disfrute de un lote de terreno rural ubicado en la vereda de Cantabria del municipio de Lebrija...", lote que especifica por medio de sus linderos, habiéndose dejado constancia de que "el promitente comprador se reservaba un lote de aproximadamente 200 m<sup>2</sup>...". Al inmueble rural prometido por Anaya Archila se le señaló un precio de \$1.100.000.00, y el saldo, o sea la suma de \$200.000.00, "se entregarían el 17 de julio de 1983, fecha en que se correrían las correspondientes escrituras en la misma notaría en que fueron autenticadas las firmas según acuerdo verbal decidido en la misma notaría (Notaría 6ª de Bucaramanga)".

Para cumplir lo acordado, Venancio Anaya tuvo que apresurarse a construir una casa en el lote prometido que le costó más de \$700.000.00.

David Silva y su familia se trasladaron al predio rural ubicado en la vereda Cantabria y tomaron posesión de él.

Comoquiera que el 17 de julio de 1983 era dominical, al día siguiente las partes se encontraron en la Notaría 6ª y "sorpresivamente David Silva Vargas exigió el certificado de libertad expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos

sobre el predio de Venancio Anaya Archila”, lo que éste satisfizo pocas horas después, mas “...ya David Silva Vargas aduciendo otra serie de pretextos abandonó la Notaría sin cumplir lo prometido; no correr las escrituras pactadas”.

Más adelante, Silva Vargas y su esposa Lucila Beltrán de Silva le transfirieron a título de venta a sus hijas aquí también demandadas el inmueble prometido en venta a Anaya Archila, en la suma de \$533.000.00, precio que, al compararse con el de la promesa, resulta ser inferior a “la mitad del avalúo comercial”.

Silva Vargas “no tiene más bienes muebles o inmuebles en su patrimonio...”. Consecuencialmente, “en forma fraudulenta y de común acuerdo y colaboración con su esposa y sus hijas se ha hecho insolvente para eludir la obligación que tiene para con el demandante al transferirle el bien objeto del contrato de promesa de cumplimiento pendiente a sus mismos parientes por un acto jurídico cuya Revocación hoy solicito, por haberse efectuado en fraude de los derechos de Venancio Anaya Archila, acreedor”.

No obstante que se tiene “la íntima convicción de que el acto jurídico contenido en la escritura número 5216 citada, es simulado, el hecho de haberlo celebrado en fraude de los derechos del acreedor y haber quedado en total insolvencia”, lleva al actor a promover “la Acción Pauliana o de revocación, puesto que sus hijas las compradoras tenían conocimiento de la existencia del contrato de promesa de compraventa con permuta y conocimiento de la insolvencia total en que quedaban sus padres...”.

Admitida la demanda anterior, del correspondiente auto admisorio sólo recibieron notificación personal algunos de los demandados, pues los restantes se vincularon al proceso por medio de curador *ad litem* que al efecto se les designó. El curador, junto con la señora Teresa de Jesús Silva de Gómez, fueron los únicos que replicaron la demanda para oponerse a las pretensiones del actor. La señora Silva de Gómez negó la existencia del fraude, y, como excepciones de mérito, propuso las de “falta de causa para demandar la acción ordinaria de fraude de los derechos del acreedor demandante” y de “insuficiente del poder” conferido por la *litis*.

Diligenciada la primera instancia, el *a quo* le puso término con decisión desestimatoria de las pretensiones del actor quien, al interponer recurso de apelación, logró que el Tribunal, en la que es objeto del presente recurso extraordinario, la revocara y que, en su lugar, a vuelta de declarar no probadas las excepciones de la señora Silva de Gómez, dispusiera:

Que “...adolece de simulación absoluta el contrato de venta contenido en la escritura pública número 5216 del 18 de noviembre de 1983 de la Notaría 3ª del Círculo de Bucaramanga, efectuado entre David Silva Vargas y Lucila Beltrán de Silva como vendedores y los demás demandados como compradores”. Y que, en consecuencia, ordenara tomar nota de dicho fallo en la escritura original, la que debería cancelar el señor Notario 3º de Bucaramanga; y que, de igual manera, el señor Registrador de Instrumentos Públicos, procediera a la cancelación del referido instrumento en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble, así como de las ulteriores transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones de dominio cumplidos con posterioridad a la inscripción de la demanda.

## LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relatar los antecedentes del litigio, el Tribunal anuncia que la inicial labor del fallador es la de interpretar la demanda, y que en ese cometido el juzgado "incurrió en un error al estimar que la parte actora había hecho uso de la Acción Pauliana lo cual no es cierto ya que éste en su condición de acreedor impetra tan solo el ejercicio legítimo de la acción de simulación".

Después de transcribir algunos conceptos doctrinales y jurisprudenciales acerca de cómo y cuándo interpretar la demanda, señala que al descender al caso de autos "se colige que el actor invoca una acción de simulación tendiente a aniquilar el contrato de venta contenido en la escritura pública número 5216 del 18 de noviembre de 1983 de la Notaría Tercera (3ª) del Círculo de Bucaramanga...".

Expone que "su derecho a accionar deviene de su condición de acreedor-deudor que le dio el contrato de promesa de permuta celebrado con David Silva Vargas...", contrato que no es ineficaz a la luz del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Cita extensamente un comentario de la doctrina relativo a quiénes pueden ser titulares de la acción de simulación, para exponer luego que "en el caso de autos pretende el actor... se 'revoque' el mencionado contrato de venta porque lo que en últimas le interesa es que el promitente permutante David Silva Vargas cumpla con la obligación de suscribir el contrato materia de la promesa que lo liga con aquél...; y no persigue otra clase de bienes en consideración a la naturaleza misma de la obligación...". Y agregar que no le cabe la menor duda sobre que el contrato cuestionado por la parte actora es absolutamente simulado "porque la causa o motivo que tuvo en cuenta David Silva Vargas no fue otro distinto que sustraerse al cumplimiento de su obligación de hacer la escritura pública por medio de la cual se perfeccionaría el contrato de permuta de los predios ya mencionados".

Se ocupa enseguida de los indicios que, según él, comprueban la simulación, y tras examinar las excepciones de la parte demandada, las que juzga no demostradas, concluye con que se debe acceder a las pretensiones del demandante "...a efecto de que pueda perseguir judicialmente, en el evento en que David Silva Vargas no quiera hacerlo voluntariamente, el cumplimiento de la promesa de permuta o su resolución en consideración a la facultad discrecional que le confiere al actor el artículo 1546 del C. C. y para la primera opción no obstante que en el inmueble prometido por David Silva Vargas aparece figurando también como propietaria su esposa (50%) Lucila Beltrán de Silva ...ya que nada se opone a que un bien en tales condiciones sea susceptible de un contrato de promesa".

## LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos plantea en ella la parte recurrente en contra de la sentencia acabada de resumir, el primero con fundamento en la causal 2ª de casación, y los dos restantes con invocación de la causal 1ª (art. 368, ords. 1º y 2º, C. de P. C.). Debería la Sala adentrarse en el estudio del cargo propuesto con fundamento en la causal 2ª por tratarse de un error *in procedendo*. Sin embargo, se abstendrá de hacerlo en vista de que el segundo de los ataques, encarrilado por la causal 1ª, está llamado a prosperar y, además, tiene la virtualidad de deshacer el fallo en su totalidad.

### Segundo cargo

A causa de los manifiestos yerros fácticos en que incidió el Tribunal al interpretar la demanda introductoria del proceso, impútasele en él a la sentencia la aplicación indebida de los artículos 1766 del C. C. y 267 del C. de P. C. de conformidad con el siguiente desarrollo:

Tras aludir a los antecedentes jurisprudenciales citados por el *ad quem* con el propósito de justificar su criterio relativo a la interpretación de la demanda, señala el censor que “basta la sola lectura desprevenida de la demanda en cuestión, para advertir que las súplicas de la misma se hallan formuladas con la debida claridad y precisión; que con igual claridad y precisión se hallan expuestos los hechos que les sirven de fundamento, y que de unas y otros aparece de manera evidente que la acción ejercitada por Anaya Archila es la pauliana. Jamás la de simulación”.

En sustento de la anterior aseveración, destaca cómo en la primera súplica del libelo “se impetra expresamente la revocación del contrato de compraventa recogido en la escritura número 5216 de 18 de noviembre de 1983, Notaría 3ª de Bucaramanga, concretamente por ‘haberse celebrado en fraude de los derechos del acreedor demandante’, fraude que es característico de la Acción Pauliana...”. Como, en la súplica segunda, consecuencia de la anterior, pídese se disponga que “el bien vendido por David Silva y Lucila Beltrán de Silva regrese a su patrimonio.”

Y al examinar la *causa petendi*, señala que en el hecho 21 “se reitera que la revocación del citado contrato de compraventa se solicita, no por ser ficticio, sino ‘por haberse efectuado en fraude de los derechos de Venancio Anaya Archila acreedor’, característico... de la Acción Pauliana”.

Que en el 23, no obstante manifestar el demandante que tiene “la íntima convicción” de que el acto contenido en la escritura pública número 5216 “es simulado”, se expresa que “el hecho de haberlo celebrado en fraude de los derechos del acreedor y haber quedado en total insolvencia, me llevó a promover ante ese despacho, la Acción Pauliana o de revocación...”.

Y que los fundamentos de derecho invocados, no son los propios de la simulación, “sino los artículos 2488, 2491 y 2492 del C. C., que consagran la llamada Acción Pauliana o revocatoria”.

Dice que si el demandante, en forma categórica, afirma que la acción promovida es la pauliana o de revocación, no existe ningún motivo para, interpretándola, precisar la pretensión y menos para concluir que la acción que se quiso instaurar fue la de simulación absoluta del contrato de compraventa.

De esta suerte, concluye el censor, “so capa de interpretar la demanda referida, el Tribunal alteró la pretensión aducida en ella y, por ende, las bases sobre las cuales se trabó la relación procesal”.

Añade que en el poder conferido para el pleito y en el escrito sustentatorio de la apelación, reitera la parte demandante que la ejercitada es la Acción Pauliana y que, por consiguiente, para el evento de que, en verdad, se tuviera a la demanda como oscura e imprecisa, ha debido el Tribunal tomar en cuenta aquellos elementos de

juicio, los que “inexcusablemente lo habrían llevado a la conclusión cierta de que la acción que realmente ejercitó el demandante fue la pauliana y no la de simulación...”.

Tras recapitular los errores cometidos por el Tribunal en la apreciación de la demanda y de los otros documentos ya mencionados, señala que fue a causa de tales errores que se profirió la sentencia impugnada, por medio de la cual se revocó la del *a quo*, y se declaró la simulación absoluta del contrato de compraventa materia del litigio, con violación de los preceptos de derecho sustancial “...que sirven de fundamento a la doctrina de la simulación, por haberlos hecho actuar sin ser pertinente su aplicación”.

Remata, pues, pidiendo la casación del fallo del *ad quem* para que, en su reemplazo, se confirme el del juzgado, habida cuenta de no ser el demandante acreedor de David Silva Vargas, toda vez que la promesa de permuta adolece de nulidad absoluta “por no haberse señalado la notaría donde debía otorgarse la escritura respectiva, y por indeterminación del objeto de la permuta”; amén de que tampoco lo es de Lucila Beltrán de Silva “por cuanto ésta no suscribió el contrato de promesa mencionado”, por lo que el demandante carece de legitimación para solicitar la revocación de los contratos por ella celebrados.

#### SE CONSIDERA

*Ninguna discusión se puede suscitar en torno a que la demanda, como pieza fundamental del proceso, necesita ser interpretada por el fallador, lo que, de modo general, emergerá cuando en aquélla estén ausentes la debida clasificación y determinación de los hechos, o la expresión clara y precisa de lo que se pretende, todo de conformidad con las exigencias de los ordinales 5° y 6° del artículo 75 del C. de P. C.*

*Empero, la idea anterior, no obstante su claridad, requiere de un ulterior y doble acotamiento. En primer lugar, puede suceder que la imprecisión o la oscuridad en los términos caracterizadores de la demanda, sean de una dimensión tal que obstaculicen por completo la averiguación de lo que su autor quiso expresar. En este evento no es posible la interpretación pues la que se intentara vendría, simplemente, a representar una reelaboración del escrito incoativo del proceso por el juez, lo que es a todas luces inadmisibile por cuanto ello encubriría que el sentenciador estaría sustituyendo al sujeto activo de la pretensión en el cumplimiento del primordial cometido que a éste le es adscrito por la ley.*

*De ahí que cuando la demanda sea tan vaga que, sobre la base acabada de señalar, no permita la indagación de su real sentido, lo que corresponde es que se la desestime como inepta, si en la debida oportunidad no se señalaron los defectos de los que adolecía a fin de que fueran subsanados por el demandante.*

*En lo dicho se encuentra, por tanto, un primer confín a la interpretación judicial de la demanda.*

*El otro se advierte en el extremo opuesto, o sea, cuando los términos de la demanda no dejan ningún margen de duda. En este caso, el juez debe aprehenderlos tal como le han sido presentados y decidir en consecuencia. No existe acá nada que le dé pie al*

*fallador para adentrarse en el texto de la demanda en pos de un imaginario entendimiento del mismo. Si de hecho lo busca, incidirá en un yerro similar al advertido en el término anterior porque, en lugar de interpretar la demanda, lo que hará será desfigurarla o falsearla.*

*Acerca de este último aspecto es oportuno repetir, una vez más, lo dicho por la Corte en su sentencia del 18 de enero de 1984 (citada por el ad quem en la que es objeto del presente recurso):*

*“...So pretexto de interpretación no podrá el juez, en verdad, alterar la pretensión deducida ni los hechos sobre los cuales se funda ésta...”.*

*Es, entonces, dentro del marco anterior donde al fallador le es posible atribuirle a la demanda la significación que, en su sentir, le corresponde, y, además, es la transgresión de esos márgenes la que puede configurar el error de hecho en la interpretación de la demanda denunciable en casación con estribo en la causal primera. O sea que mientras que el juez se mueva dentro de los contornos mencionados y ofrezca del libelo destinado a principiar el proceso un entendimiento que, empalmado a sus términos, aparezca como lógica y jurídicamente atendible, estará cumpliendo a cabalidad con tan importante y delicada tarea, sin que, por tanto, pueda ser objeto de reproche alguno.*

En la especie de esta *litis*, el Tribunal afirmó que el actor invocaba una “acción de simulación tendiente a aniquilar el contrato de venta contenido en la escritura pública número 5216...”. Esa fue, pues, la significación que le confirió a la demanda, y contrariamente a lo que era de esperarse, aquél se abstiene de brindarle algún soporte ya que, tras justificar teóricamente la función interpretativa a ser cumplida por el juez respecto de la demanda, pasa a decir, sin más, lo ya anotado, así como a extraer las consecuencias que califica como pertinentes.

En la acción de simulación, como bien se sabe, lo que primeramente se persigue es que salga a flote —que prevalezca— la real voluntad de las partes, por cuanto el esencial punto de partida radica en juzgar que la expresión visible del querer de los contratantes no pasa de ser un simple trazo exterior destinado a enmascarar el verdadero acuerdo.

Si la idea anterior, que es la piedra de toque de la simulación, se proyecta sobre la demanda con la que se promovió este proceso, la primera pero también categórica opinión que se forma es la de que en ese acto nada hay que conduzca a decir que lo perseguido por Anaya Archila fue la declaratoria de ser simulado el contrato contenido en la escritura número 5216: en el *petitum* se solicita la revocación del contrato, “por haberse celebrado en fraude de los derechos del acreedor demandante...” y que, en consecuencia, el bien regrese al patrimonio de los demandados para que el “aquí demandante pueda hacer cumplir el contrato de promesa de permuta celebrado con David Silva Vargas...”. En la *causa petendi* se afirma que David Silva Vargas “no tiene más bienes muebles o inmuebles en su patrimonio...” (hecho décimooctavo). Que las hijas compradoras del bien sabían del contrato de promesa de compraventa ajustado entre su padre y Venancio Anaya a quien demandaron para que se los entregara (hechos vigésimo y décimonoveno). Que, en consecuencia, Silva Vargas “en forma fraudulenta y de común acuerdo y colaboración con su esposa y sus hijas se

ha hecho insolvente para eludir la obligación que tiene para con el demandante” (hecho vigésimoprimer). Que aun cuando se tiene la íntima convicción de la simulación del acto, el “haberlo celebrado en fraude de los derechos del acreedor y haber quedado en total insolvencia (lo) lleva a promover... la Acción Pauliana o de revocación, puesto que sus hijas las compradoras tenían conocimiento de la existencia del contrato de promesa de compraventa con permuta y conocimiento de la insolvencia total en que quedaban sus padres, luego de efectuada la venta (*consilium fraudis*)”, (hecho vigésimotercero).

Como sin esfuerzo se puede notar, si se hace mención de la simulación, no es con el propósito de darle cabida sino, por el contrario, para descartarla en el encuadramiento jurídico del caso. Además, no se quiere poner en tela de juicio la objetividad del acto; antes bien, se parte de ella para llegar a pedir que sea revocado. Igualmente, aun cuando se alude al bajo precio pagado por las compradoras, no es con la idea de destacar su irrealdad, sino de mostrar cómo, por lo exiguo, se perjudica al demandante. Así mismo, si se llama la atención acerca del parentesco de las partes contratantes, no es con el ánimo de que en ello se descubra un indicio simulatorio, sino de resaltar el acuerdo fraudulento. En fin, si se da cuenta de la insolvencia de Silva Vargas, es para colocarla en el papel de designio fundamental de la compraventa *sub iudice*, no como una prueba más de la simulación del acto.

En suma, ni por lo que se pide, ni por el entramado de los hechos que sustentan la pretensión, ni siquiera por los fundamentos de derecho en ella invocados, es posible interpretar la demanda en el sentido propuesto por el *ad quem*. Acorde con lo discurrido, se puede afirmar que no es oscura o imprecisa. Por el contrario, con diafanidad se orientó hacia una acción pauliana o revocatoria, en este caso nítidamente distinguida por su propio autor de la de simulación o de prevalencia. En frente de un enfoque tan concreto, al fallador no le era posible que, con el designio de interpretarla, concluyera sustituyendo de un tajo la pretensión en ella hecha valer por el actor.

De todo lo dicho se infiere que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al interpretar la demanda, error que lo condujo a emitir la resolución atacada en casación, pues precisamente ésta se hizo descansar en esa equivocada inteligencia del escrito incoativo del proceso.

Por consiguiente, se casará el fallo de segunda instancia.

#### SENTENCIA DE REEMPLAZO

Concurren los presupuestos procesales; además, no se observan motivos que invaliden la actuación.

En tal virtud, sería del caso acometer el estudio de los elementos axiológicos de la Acción Pauliana o revocatoria, dado que, por lo antes visto, fue ésta la ejercitada por el demandante Venancio Anaya Archila. Sin embargo, ese análisis no puede sobrepasar lo concerniente a la calidad de acreedor invocada por el demandante con apoyo en el contrato de promesa de permuta ajustado con David Silva Vargas, como que esa calidad se halla en entredicho, por motivo de la nulidad de carácter absoluto

que aqueja el referido contrato, nulidad de la que se da razón en los párrafos siguientes.

*Fuera de toda discusión está hoy el que la promesa de celebrar un contrato únicamente produce obligaciones por vía de excepción, o sea, cuando concurren las circunstancias taxativamente enumeradas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, todas y cada una de las cuales son de riguroso cumplimiento.*

*En el ordinal 4º del citado precepto se señala como una de esas condiciones, la de que “se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”. Comentando este requisito dijo la Corte en sentencia del 27 de noviembre de 1986, aún no publicada, lo que a continuación se reproduce:*

*“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 C. C. 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 difiera 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 efectucción del contrato”.*

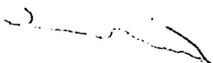
Pues bien: en la especie de esta *litis*, Anaya Archila prometió a Silva Vargas la permuta de un inmueble rural situado en la vereda de “Cantabria”, del municipio de Lebrija, cuyas características y alindamiento dicen citarse en la cláusula cuarta del contrato de promesa, cláusula en la cual las partes dejaron constancia de que el “promitente comprador” (sic), o sea, Anaya Archila se reservaba un lote de aproximadamente 200 m<sup>2</sup>. Este lote no fue identificado por medio de la correspondiente demarcación. Y esa omisión, como apenas resulta natural, incide negativamente sobre la singularización de la heredad supuestamente descrita en la misma cláusula, la cual, por lo mismo, resulta insatisfactoriamente cumplida.

En el anterior orden de ideas, y teniendo en cuenta lo expuesto en la sentencia atrás transcrita, para el perfeccionamiento del contrato prometido faltaría algo más que la formalidad legal de la extensión de la escritura pública, por cuanto todavía restaría por deslindar o determinar a cabalidad el predio prometido enajenar por Anaya Archila y el que éste dijo reservarse para sí. Consecuencialmente, el contrato prometido, objeto de la obligación que brota de la promesa, no se amolda en su descripción a lo exigido por el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Esta divergencia acarrea que brilla por su ausencia uno de los requisitos esenciales que la ley prescribe para la validez del acto o contrato (art. 1741 C. C.).

El advertimiento del anterior motivo de invalidez en la promesa, exime a la Sala del estudio del que pudiera perfilarse por no haberse citado la notaría en la que debería perfeccionarse el contrato prometido, pues aquél es bastante para aniquilar la relación convencional en la que el demandante ha querido sustentar su condición de acreedor.

Pero si se argumentara que, no obstante la nulidad precedente, Venancio Anaya sigue siendo acreedor de David Silva, pues éste queda obligado con aquél, por lo menos, a reembolsarle los cien mil pesos (\$100.000.00) dados como parte del precio, habría que observar, entonces, que, aun cuando ello es así, tal hecho, a pesar del carácter sustancial que tendría, dejó de ser incorporado a la *causa petendi* de la demanda, por lo que la Sala no lo podría considerar *motu proprio*, sin caer en el error que precisamente se le ha glosado al *ad quem*.

Es claro, en fin, que el desaparecimiento de la calidad de acreedor en el demandante por causa de la nulidad de la promesa, según había sido planteado en la demanda, da al traste con la Acción Pauliana y de ese modo lo decidirá la Sala al pronunciarse la declaratoria de aquélla.



Por otra parte, *se dan los requisitos que, al interpretar jurisprudencialmente el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, se han exigido para que proceda la declaratoria ex officio de la nulidad absoluta, pues, en primer lugar, ella es evidente en el clausulado de la promesa. En segundo lugar, ésta ha sido invocada dentro del proceso como fuente de derechos y obligaciones para las partes de la misma. Y, en tercero y último lugar, son partes de este proceso, los propios contratantes.*

*Ese decreto de nulidad absoluta, no puede ser tomado como un agravio que vaya en perjuicio de la parte recurrente en casación, toda vez que se trata de cuestión en la que está de por medio el orden público. Por lo mismo, tampoco cabe que, a consecuencia de esa nulidad y en vez de declararla, como es lo que legalmente atañe, se confirme la sentencia de primera instancia que declaró probadas unas excepciones propuestas por la demandada.*

A virtud de esa declaratoria, que habrá de subseguir a la revocación de la sentencia de primera instancia, se ordenará que las cosas vuelvan al estado anterior al de la celebración de la promesa (art. 1746 C. C.), lo que en este caso significa:

Por un lado, que el demandado David Silva Vargas sea condenado a restituirle a Venancio Anaya Archila lo siguiente: a) La suma de cien mil pesos (\$100.000.00), que de éste recibió el día de la celebración de la promesa, que lo fue el 17 de marzo de 1983, junto con los intereses legales de carácter civil, y la corrección monetaria que a esa misma suma corresponda, de acuerdo con la siguiente distinción: la corrección monetaria la deberá Silva Vargas desde el día en que a él le fueron entregados los \$100.000.00, o sea desde el 17 de marzo de 1983, y los intereses legales, que son frutos civiles de esa suma, desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda al curador *ad litem* que lo representó, como poseedor de buena fe; b) El predio rural que Anaya prometió transferirle a cambio del inmueble urbano situado en Bucaramanga, junto con los frutos percibidos y podidos percibir por el dueño, a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda.

Y por el otro, que Anaya Archila sea condenado a restituirle a Silva Vargas la casa de habitación que de éste recibió con ocasión de la misma promesa. Empero, como Silva Vargas, junto con la señora Lucila Beltrán de Silva, vendieran ese inmueble a las otras personas aquí demandadas, y como además, las adquirentes instauraran un proceso abreviado de tenencia en frente de Venancio Anaya, la entrega que aquí se ordenará no se llevará a cabo si es que ya se ha cumplido la que haya podido ser dispuesta en el otro proceso. En cuanto a frutos, Anaya Archila deberá reembolsarle a Silva Vargas, los percibidos o podidos percibir a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda.

No se reconocerán mejoras en favor de ninguna de las partes, por cuanto no aparecen demostradas. Tampoco se impondrá responsabilidad por deterioros en vista de que no están satisfactoriamente comprobados.

En fin, como consta que se expidieron copias con el propósito de ejecutar la sentencia que aquí se casa, en aplicación del artículo 376 del C. de P. C. se declararán sin efecto los respectivos actos procesales.

## DECISIÓN

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el día 4 de abril de 1986, dentro de este proceso ordinario de Venancio Anaya Archila contra: David Silva Vargas, Lucila Beltrán de Silva, Lucila Silva de Ardila, Flor María Silva de Ordóñez, Zoila Rosa Silva de Rangel, Margarita Silva de Molina, Ana Dolores Silva Beltrán, Esther Silva de Ocampo, Luisa Cecilia Silva de Hernández y Teresa Silva de Gómez, y actuando en sede de instancia, REVOCA la sentencia proferida por el Juzgado 2° Civil del Circuito de Bucaramanga el 18 de octubre de 1985, en reemplazo de la cual,

## DECIDE

Primero. DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato de promesa de permuta celebrado por Venancio Anaya Archila y David Silva Vargas el día 17 de marzo de 1983.

Segundo. Consecuencialmente, se CONDENA, a David Silva Vargas a restituirle dentro de los cinco (5) días siguientes al auto de obediencia que dicte el *a quo*, a Venancio Anaya Archila los siguientes bienes: a) La suma de cien mil pesos (\$100.000.00), junto con sus intereses legales civiles y la corrección monetaria sobre los dichos \$100.000.00, así: la corrección monetaria, a partir del 17 de marzo de 1983, fecha de la entrega de la suma ordenada devolver. Los intereses, a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda al curador *ad litem*; b) El inmueble rural que se identifica por la situación y linderos señalados en la cláusula cuarta de la promesa de contrato, junto con los frutos civiles y naturales percibidos y que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, causados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda.

*Parágrafo.* Tanto los frutos como la corrección monetaria se liquidarán con sujeción al artículo 308 del C. de P. C.

Tercero. CONDÉNASE a Venancio Anaya Archila a restituirle a David Silva Vargas, el inmueble descrito por su situación y linderos en la cláusula primera del contrato de promesa, lo que deberá hacer dentro de los cinco (5) días siguientes al auto de obediencia que dicte el *a quo*, teniendo en cuenta lo anotado en la parte motiva.

Cuarto. Se CONDENA al mismo Venancio Anaya Archila a restituirle a David Silva Vargas el valor de los frutos naturales y civiles que del citado inmueble hubiere percibido, y los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, causados a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, los que se liquidarán con sujeción al artículo 308 del C. de P. C.

Quinto. Como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de la promesa, NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Sexto. Quedan sin efecto los actos procesales cumplidos con el fin de darle cumplimiento a la sentencia de segunda instancia. Por el juzgado, ORDÉNENSE las restituciones y TÓMENSE las demás medidas a que hubiere lugar.

Séptimo. ORDÉNASE la cancelación del registro de la demanda por el juzgado LÍBRESE el oficio correspondiente.

Octavo. Costas del proceso, en ambas instancias, a cargo del demandante en un sesenta por ciento (60%).

Sin costas en el recurso de casación.

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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## PRESUPUESTOS PROCESALES

**Demanda en forma.** Si la demanda adolece de defectos el juez la debe inadmitir. Si no lo hace, el demandado puede recurrir el auto admisorio de la demanda, o proponer excepción previa. Si no lo hace, esos defectos formales de la demanda no pueden ser obstáculo para dictar sentencia de fondo.

## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**Compensación de culpas.** La facultad de graduación de las culpas tiene carácter absolutamente discrecional del juzgador de instancia y por tanto esa apreciación es intocable en casación.

---

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 13 de junio de 1986, dentro del proceso ordinario propuesto por Luis Fernando Londoño Gutiérrez contra Luis Alfonso Marín Correa y la sociedad "Transportes Hatoviejo S. A."

### I. ANTECEDENTES

Luis Fernando Londoño Gutiérrez propuso demanda ordinaria contra Luis Alfonso Marín Correa y la sociedad "Transportes Hatoviejo S. A.", cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello, con el fin de obtener el pronunciamiento de las siguientes declaraciones:

1ª Los señores Luis Alfonso Marín C. y la compañía Transportes Hatoviejo S. A., representada legalmente por su gerenté, señor Gilberto Cardona o quien haga sus veces, en su condición de guardianes del vehículo de placa TN-04-51, son civilmente

responsables y en forma solidaria, de todos los daños y perjuicios ocasionados al demandante, señor Luis Fernando Londoño C., por hechos ocurridos en la mañana del 17 de febrero de 1984 en el sitio de la Autopista Norte a la altura "entrada a Machado" (sic).

"Como consecuencia de lo anterior los demandados en mención pagarán en forma solidaria al demandante o a quien represente a éste, la suma de seiscientos mil pesos o lo más que se pruebe en este juicio por indemnización".

Como hechos fundamentales de la pretensión indemnizatoria el demandante propuso los siguientes que la Sala transcribe:

"1. El día diecisiete de febrero de 1984, en las horas de la mañana, Luis Fernando Londoño Gutiérrez, venía como se dice en argot, de 'parrillero' en la moto conducida por Fredy Páez, cuando a la altura del sitio conocido como la entrada Machado, por la Autopista Norte, fueron golpeados por el bus TSS, placas TN-04-51 afiliado a la empresa "Transportes Hatoviejo S. A."".

"2. En la colisión perdió la vida el conductor de la motocicleta y mi cliente sufrió varias fracturas en el fémur derecho, hasta el punto de que hoy no se sabe cuáles son la incapacidad y secuelas definitivas".

"3: La investigación penal sobre el asunto la realizó el Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Bello (Antioquia)".

"4. El demandante gozaba de buena salud antes del siniestro y se desempeñaba como trabajador de ebanistería, con trabajo regular y constante que le permitía cuidar solícitamente de sí mismo y de tres personas más que conformaban su familia inmediata".

"5. Por la forma como ocurrió el hecho dañoso es dable afirmar culpa total en el conductor del bus en mención y por ende la responsabilidad civil de la parte demandada".

"6. El señor Luis Fernando Londoño (demandante) fue atendido e intervenido quirúrgicamente varias veces en el Hospital Universitario San Vicente de Paul de Medellín, donde fue radicado con la historia clínica número 926.090".

El actor estimó la cuantía de las retenciones en una suma superior a cien mil pesos.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello, mediante providencia de 6 de noviembre de 1984, aplazó la admisión de la demanda; y ordenó que se subsanaran algunas deficiencias formales, que serán tratadas de manera detallada y extensa en el estudio correspondiente al primer cargo de casación propuesto por la parte recurrente. El actor corrigió los defectos formales señalados por la providencia del juzgado, mediante la presentación de un manuscrito.

Mediante providencia dictada el 13 de noviembre de 1984, el juzgado del conocimiento admitió la demanda.

Los demandados dieron contestación conjunta a la demanda presentada por el actor así:

Admitieron el hecho primero, en el sentido de que realmente tuvo lugar la ocurrencia del accidente mencionado en él; pero lo modifica sustancialmente, al expresar que éste ocurrió por la colisión de la motocicleta en que viajaba el demandante contra la buseta afiliada a la empresa; y que además, el conductor de la motocicleta, Fredy Páez y su acompañante, Luis Fernando Londoño, viajaban a gran velocidad y en estado de embriaguez.

Se admiten los hechos segundo y tercero de la demanda con la misma explicación adicional, formulada al dar respuesta al primero; y se niegan, o, al menos, se desconocen los hechos cuarto a sexto.

Posteriormente el actor adicionó y reformó la demanda, en relación con la cuantía, que la estimó en una suma superior a novecientos sesenta mil pesos.

Admitida la corrección por el juzgado, se corrió nuevo traslado a los demandados, quienes aprovecharon la oportunidad para pedir nuevas pruebas.

En el escrito de respuesta de demanda se propone la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de los demandados, ya que el accidente se produjo por la embriaguez y la velocidad de los ocupantes de la motocicleta.

E igualmente la excepción de petición de modo indebido, pues el demandante ha debido dirigir su acción contra Fredy Páez, que era su patrón.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello dictó sentencia de primera instancia el 14 de noviembre de 1985, cuya parte resolutive expresó:

#### «FALLA

“1. Declarando no probadas las excepciones de mérito opuestas por los demandados señores Luis Alfonso Marín Correa y la firma Transportes Hatoviejo S. A. representada estatutariamente por el señor Gilberto Cardona A. frente a las pretensiones, en su contra, formuladas por el demandante señor Luis Fernando Londoño Gutiérrez en la demanda que dio lugar al proceso que ahora se decide”.

“2. Declarando por tanto a los demandados dichos civilmente responsables en forma solidaria, de la indemnización del perjuicio que el demandante experimentó a consecuencia del daño a él ocasionado al colisionar la motocicleta de placas 2378 en que viajaba como pasajero, con el bus de placa TN-04-51 en las circunstancias de tiempo, lugar y modo de que se da cuenta en la parte expositiva del fallo”.

“3. Imponiendo en consecuencia a los demandados y en la forma dicha, la obligación de indemnizar al actor los perjuicios sufridos con motivo de ese daño, condena a indemnizar que ahora se impone *in genere*, para ser cuantificada acudiendo oportunamente al trámite previsto por el artículo 308 del C. de P. C. y teniendo en cuenta estas bases:

“a) Por concepto del renglón daño emergente, la indemnización consistirá en satisfacción de los dineros que el demandante haya debido invertir en la obtención de atención médica y hospitalaria a él suministrada por el Hospital Universitario San Vicente de Paul de Medellín, en el período comprendido entre el 17 de febrero de

1984 y el 12 de julio del mismo año, para la recuperación de una fractura en el fémur derecho y dineros que del mismo modo haya invertido, costear una intervención quirúrgica realizada por el mismo centro asistencial y para la colocación de una placa metálica;

“b) Por concepto del renglón lucro cesante, la indemnización se concretará a remunerar al actor los salarios dejados de percibir, teniendo en cuenta que devengaba seiscientos pesos diarios y no otra prestación social como lucro cesante consolidado, en el período comprendido entre el 17 de febrero de 1984 y el 16 de abril de 1985.

“En todo caso la indemnización cuya satisfacción se impone a los demandados, no sobrepasará la suma de novecientos sesenta mil pesos y al proceder a su liquidación se tendrán en cuenta las bases aquí señaladas y las demás que se indicaron al tratar del daño”.

“4. Imponiendo a los demandados vencidos, la obligación de satisfacer al demandante las costas procesales que como sufragadas por él se liquiden en esta instancia”».

Las dos partes interpusieron el recurso de apelación, que fue decidido por la sentencia del Tribunal pronunciada el 13 de junio de 1986, en cuya parte resolutive se expresó:

“En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior... confirma la sentencia impugnada y se le reforma, en el sentido que le corresponderá cancelar a la parte demandada en favor de la parte actora el valor correspondiente a los perjuicios reducidos en un 70%; que bien pueden superar la cuantía de novecientos sesenta mil pesos.

“Se reforma así mismo la imposición de las costas en el sentido que las mismas corresponderá cancelarlas a la parte demandada en la misma proporción (70%)”.

Contra la sentencia pronunciada en segundo grado, la parte demandada interpuso y obtuvo la concesión del recurso de casación, que la Sala resuelve.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La sentencia del Tribunal, en su parte preliminar transcribe las peticiones de la demanda; los hechos en que se fundan; da cuenta de la admisión de la demanda una vez satisfechas las deficiencias formales anotadas por el juzgado. Resume la contestación de la demanda y las excepciones propuestas en esté escrito. También comenta la adición de la demanda, en el sentido de que la cuantía queda definitivamente fijada en una suma superior a novecientos sesenta mil pesos.

Relaciona la denuncia del pleito formulada por los demandados a la sucesión de Fredy Páez; su rechazo por el juzgado; y el hecho de que quedó en firme por no haberse interpuesto recurso alguno. Igualmente, da cuenta del llamamiento en garantía de los herederos de Fredy Paéz, verificada por los demandados, que corrió la misma suerte de la denuncia.

Observa que el Juzgado de Primera Instancia no consideró que la condena podía exceder de la suma de novecientos sesenta mil pesos.

A continuación da cuenta de las razones en que cada una de las partes fundamenta el recurso de apelación interpuesto, de manera detallada.

Examina los presupuestos procesales, que encuentra satisfechos. En relación con las formalidades de la demanda expresó textualmente: "La demanda ha reunido los requisitos formales requeridos por la norma adjetiva".

7. La parte considerativa de la sentencia examina la naturaleza de la acción de responsabilidad extracontractual y el contenido del artículo 2341 del C. C.

Se refiere a los requisitos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual, señalando que éstos son el daño, la responsabilidad de la parte demandada y la relación de causalidad entre uno y otro de los elementos señalados.

Examina el primer elemento expresando que de conformidad con el acervo probatorio se da por establecido que el 17 de febrero de 1984, en las horas de la mañana, la motocicleta en que viajaba como pasajero Luis Fernando Londoño Gutiérrez sufrió una colisión con el automotor de placas TN-04-51, afiliado a la empresa de "Transportes Hatoviejo S. A.", a consecuencia de la cual perdió la vida el motorista Fredy Páez; y el demandante, Luis Fernando Londoño Gutiérrez, sufrió la fractura del fémur derecho, que lo obligó a recluirse en el Hospital de San Vicente de Paul con el fin de someterse a una intervención quirúrgica.

Respecto del lucro cesante da por establecido que el accidente se produjo el 17 de febrero de 1984; y el médico legista dictaminó una incapacidad provisional mayor de 30 días.

En un segundo reconocimiento se observó que la fractura del fémur hacía indispensable una nueva operación quirúrgica.

Da cuenta de que de conformidad con lo expresado por los testigos; el demandado trabajaba como asalariado de Fredy Páez, con una remuneración de seiscientos pesos diarios.

En relación con el elemento de la responsabilidad, la sentencia hace referencia al artículo 2341 del Código Civil que establece el principio general de que la persona que comete una culpa debe indemnizar a la que ha perjudicado. E igualmente cita la presunción de responsabilidad establecida por el artículo 2356 para el ejercicio de las actividades que la jurisprudencia considera como peligrosas.

Sostiene que la presunción de responsabilidad puede ser desvirtuada acreditando fuerza mayor o la participación de un elemento extraño, que bien puede estar constituido por el hecho de la víctima.

Afirma la sentencia que la parte demandada propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima, por embriaguez y exceso de velocidad del conductor de la motocicleta.

El Tribunal analiza a continuación el material probatorio de manera global; y concluye que efectivamente el conductor del bus cometió una grave imprudencia al dar vuelta al automotor sin tomar las precauciones de rigor.

E igualmente, la imprudencia del conductor de la motoneta, Fredy Páez, por desviarse a una velocidad exagerada y conducir en estado de embriaguez; estado que era común al demandante Luis Fernando Londoño Gutiérrez.

Examina la declaración rendida por Juan de Dios Ríos Parra, testigo presencial del accidente. De su versión resulta que cuando el bus entraba a la autopista, la motocicleta venía a una distancia de ciento cincuenta o doscientos metros, tan rápido que el bus no alcanzó a pasar la calzada; y que en ese momento oyó un grito de los ocupantes de la motoneta, segundos antes de producirse el accidente.

La sentencia tiene en cuenta igualmente el testimonio rendido por la señorita guarda de tránsito Martha C. Arroyave, que aunque no presenció el accidente da fe de que los heridos se encontraban en estado de embriaguez, por habérselo oído decir al médico de la Policlínica, que practicó las pruebas de laboratorio.

La sentencia examina la versión dada por el conductor del bus, Linardo de J. Gil Gil, quien refiere cómo al llegar a la altura de la entrada a Machado, sobre la autopista del Norte, se encontraba un aviso que indicaba que el acceso a dicho paraje estaba cerrado por reparación que se adelantaba en la vía; por lo cual el conductor resolvió dar la vuelta al automotor para regresar a la ciudad. Afirma que un agente de tránsito lo autorizó para efectuar la maniobra; y entonces observó por el espejo retrovisor que más o menos a unos trescientos metros de distancia venía una motocicleta, que le daba tiempo suficiente para "voltear"; que sin embargo alguna persona se atravesó, lo cual retardó la maniobra, produciéndose la colisión.

El fallo relaciona la versión del demandante, Luis Fernando Londoño Gutiérrez, producida ante el Juez Séptimo de Instrucción Criminal, dentro del proceso penal, de conformidad con la cual se admite que los ocupantes de la motoneta se habían tomado en las horas de la mañana anteriores al accidente, seis tragos, cada uno.

La sentencia observa que el daño no siempre obedece a la culpa exclusiva de la víctima, o al descuido del demandado, sino que en muchas ocasiones las culpas concurren. Y que el artículo 2357 del C. C. dispone que la apreciación del daño está sujeto a reducción, para efectos de su indemnización, si la víctima se ha expuesto imprudentemente a su realización.

Teniendo en cuenta los elementos probatorios llega a la conclusión de que tanto el demandante como los demandados obraron de manera imprudente en la ocurrencia del accidente.

Al examinar la relación de causalidad de la culpa y del daño, el Tribunal afirma:

"Cabe anotar como el siniestro de que da cuenta la demanda se produjo, como consecuencia especialmente de la falta de previsión del conductor del automotor de propiedad del codemandado Luis Alfonso Marín Correa y afiliado a la empresa Transportes Hatoviejo S. A."

La sentencia no descarta la culpa concurrente, en menor grado, del conductor y del pasajero de la motocicleta.

Termina la sentencia expresando que el juzgado limitó arbitrariamente la cuantía de la indemnización a una suma que no podía pasar de la cantidad de novecientos sesenta mil pesos, sin advertir que la cuantía de la demanda se había estimado en una cantidad superior a la referida suma, razón por la cual la indemnización de los perjuicios causados al demandante no tienen por qué sufrir dicha limitación.

Como consecuencia de lo anterior el Tribunal adopta la resolución que ha quedado transcrita en la relación de antecedentes.

### III. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

El impugnante formula dos cargos contra la sentencia de casación; ambos con invocación de la causal correspondiente a la violación de la ley sustancial.

#### *Primer cargo*

El recurrente acusa a la sentencia dentro de la causal primera de casación, establecida por el artículo 3681 del C. de P. C.

Opta por la vía de violación indirecta de la ley, como consecuencia de un error de hecho de carácter evidente en la apreciación de los escritos correspondientes a la demanda introductoria del proceso, a su corrección y a la adición y reforma.

Señala como violados indirectamente y por indebida aplicación los artículos 2341, 2342, 2343, 2344, 2347, 2349, 2356 y 2357 del Código Civil; y el artículo 308 de Código de Procedimiento Civil.

Dice el impugnante que de conformidad con los numerales 2 y 3 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, el demandante debe indicar "el nombre, edad y domicilio del demandante y del demandado" lo mismo "que el nombre y domicilio o, a falta de esto, la residencia de los representantes o apoderados de las partes, sino pueden comparecer o no comparecen por sí mismos".

Da cuenta de que la demanda se formuló con numerosas fallas formales por lo cual no fue admitida por el juzgado, que la ordenó corregir; y que no obstante la corrección efectuada por el actor, la demanda siguió siendo inepta, pues ni en ella ni en el escrito de corrección, ni en el de reforma, se indica el domicilio de la sociedad demandada por ellos, "Transportes Hatoviejo S. A.", ni se precisa la mayoría de edad de sus representantes, Gilberto Cardona gerente de la sociedad; ni tampoco la mayoría de edad del demandado Luis Alfonso Marín.

Como el Tribunal no advirtió las deficiencias de la demanda cometió error de hecho en la apreciación de ésta y de su corrección y reforma, razón por la cual la sentencia ha debido tener carácter inhibitorio; y no asumir la categoría de una providencia de fondo.

La conducta del Tribunal viola los textos señalados en la parte introductoria del cargo. El recurrente cita pasajes extensos de la sentencia pronunciada por la Corte el 12 de enero de 1976 y publicada en la Gaceta Judicial CLII, página 9.

La Sala transcribe la parte más pertinente de la referida providencia.

“... Los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso, deben hallarse presentes para que el juez pueda proferir sentencia de mérito; en su ausencia lo conduce a un fallo inhibitorio...”.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

*La doctrina procesal entiende que los llamados presupuestos procesales constituyen una serie de requisitos para la válida formación de la llamada relación jurídico procesal y para el normal desenvolvimiento del proceso, a fin de que éste pueda culminar normalmente.*

En el presente proceso la parte demandante omitió la mención de su domicilio y de su calidad de mayor de edad, así como la mayor de edad del demandado Luis Alfonso Marín y del representante legal de la sociedad demandada, “Transportes Hatoviejo S. A.”, Gilberto Cardona.

El juzgado observó la omisión del domicilio del demandante y de la dirección de la empresa demandada, que fueron oportunamente satisfechos por el actor, razón por la cual admitió definitivamente la demanda, mediante providencia de 13 de noviembre de 1984.

Sin embargo, el juzgado no cayó en cuenta, como ha debido hacerlo, que se había omitido también la mención del domicilio de la sociedad demandada; y la afirmación de la mayoría de edad del demandado Luis Alfonso Marín y del representante de la sociedad demandada, Gilberto Cardona.

No obstante, la parte demandada, lejos de proponer la correspondiente excepción previa, contestó la demanda, propuso otras excepciones y atendió el proceso hasta llevarlo a casación y fundamentar el recurso.

La actitud de la parte demandada implica por tanto una actuación encaminada a cubrir las deficiencias formales de la demanda, pues no las denunció, ni opuso contra ellas los remedios procesales adecuados para que fueran enmendados por obra de la parte demandante, de conformidad con los procedimientos establecidos por la ley procesal.

*Como se sabe, los defectos formales de la demanda se controlan de oficio por el juez, que puede aplazar la admisión de la demanda y ordenar su corrección; y por la parte demandada, que puede recurrir el auto admisorio de la misma, o bien proponer la excepción previa en su oportunidad. Pero si no lo hace así, como aconteció en el presente caso, la oportunidad procesal precluye y los defectos formales de la demanda no pueden constituir, por tanto, un impedimento para el pronunciamiento de una sentencia de fondo, como lo hizo el sentenciador de segundo grado.*

Improsp̄era el cargo.

*Segundo cargo*

El impugnante invoca la causal primera de casación, establecida por el artículo 3681 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 la comisión de errores de hecho de carácter evidente, que puntualiza en el desarrollo del cargo.

El impugnante cita como indebidamente aplicado el artículo 2357 del C. C.

Observa que el Tribunal aplicó bien los textos correspondientes a los artículos 2341, 2342, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil, relativos a la responsabilidad civil extracontractual vinculada a la custodia de la máquina.

Sin embargo, considera que el Tribunal apreció indebidamente el conjunto de **declaraciones producidas por el demandante, Luis Fernando Londoño**, ya que al día siguiente del accidente declaró que no habían tomado licor alguno; ni él, ni el conductor de la motocicleta, Fredy Páez.

Posteriormente en la diligencia de ampliación de la declaración instructiva, verificada el 18 de mayo, a la pregunta de si habían tomado licor contestó bajo juramento: "Nada, nos tomamos tres aguardientes de allá para acá, veníamos a trabajar, nos tomamos de a tres en Barbosa mientras nos daban la plata; antes no habíamos tomado".

En la última diligencia de ampliación, verificada el 23 de enero de 1985 declaró: "Tomamos de a seis tragos cada uno; hay que hablar las cosas legalmente...".

No advirtió la sentencia del Tribunal, que el declarante parte de una negativa cierta sobre la ingerencia de licor; y sucesivamente admite el hecho de que en el término de una hora se habían tomado tres tragos; y después, seis.

Tampoco advirtió el Tribunal que el declarante Juan de Dios Ríos, expolicía de tránsito, que había abordado el bus en calidad de pasajero y que fue el único testigo presencial del accidente, afirmó que la motocicleta, "venía bastante rápido, tan rápido sería que el bus no había alcanzado a pasar la calzada cuando los de la moto se estrellaron contra éste".

Y agrega: "...a la velocidad que traía el conductor de la motocicleta vendría **borracho o amanecido**, no sé, tampoco creo que lo haya hecho intencionalmente; sabiendo que si se iba contra el bus se iba a matar".

El impugnante considera que en la apreciación de las pruebas que se deja mencionada, la sentencia del Tribunal cometió un error de hecho, pues de una apreciación racional de ellas se deriva que fue mayor la culpa cometida por el conductor de la moto y su acompañante, que la culpa que corresponde al conductor del bus.

Si esto es así, la sentencia del Tribunal debía haber reducido el monto de la indemnización de los perjuicios causados a una suma que en todo caso fuera menor que el 50% de la cuantía del daño causado.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

*El artículo 2357 del Código Civil expresa que: "La apreciación del daño está sujeta, a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."*

*La reducción del daño se conoce en el derecho moderno como el fenómeno constituido por la compensación de culpas lo cual quiere decir que cuando el coautor del daño comete una culpa evidente, que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente, y la cuantía del daño, a fin de reducir la indemnización mediante el juego de una proporción que al fin y al cabo se expresa de manera matemática y cuantitativa.*

*No obstante el raciocinio del juzgador para llegar a la proporción que establezca la sentencia no puede ser controlado, igualmente, de manera matemática, por lo cual las facultades de graduación de las culpas tienen carácter absolutamente discrecional.*

*En el presente caso la sentencia del Tribunal evalúa los medios de prueba que establecen una y otra culpa, para concluir que el demandado debe indemnizar a la víctima en la proporción que corresponda al 70% de los perjuicios ocasionados por el accidente.*

*El sentenciador emplea facultades discrecionales y tales facultades no son susceptibles de manejarse de otra manera, por lo cual no podría establecerse jamás la existencia de un error de hecho en la apreciación de las pruebas que tengan carácter evidente; lo que hace que la apreciación del juzgador de segunda instancia sea intocable en casación.*

*Es abundante en este sentido la jurisprudencia de la Corte.*

*"El artículo 2357 del Código Civil no contiene una tarifa o indicación precisa de la reducción en él autorizada cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso implícitamente como explícitamente en otros análogos, el legislador deja a la prudencia del juez, es decir, que en casación no es posible infirmar un fallo porque la Corte crea que, de haber sido fallador de instancia, habría aumentado o disminuido la reducción señalada por el Tribunal" (Gaceta Judicial LXI, pág. 60; y LXXVII, pág. 699).*

Se desestima el cargo.

#### IV. DECISIÓN

Por lo expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 13 de junio de 1986, dentro del proceso ordinario propuesto por Luis Fernando Londoño Gutiérrez contra Luis Alfonso Marín Correa y la sociedad "Transportes Hatoviejo S.A."

Las costas del recurso a cargo de la parte demandada recurrente. 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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
/ Secretario

## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**Concurrencia de culpas.** El artículo 2357 del Código Civil deja a la discrecionalidad del juez de fondo la posibilidad de medir o cuantificar el daño cuando la víctima ha participado en su ocurrencia.

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia de 5 de julio de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario seguido por Jairo y Jesús Estrada Salazar al Banco Popular.

El expediente fue reconstruido, con las formalidades legales, a solicitud de las partes interesadas, por su destrucción en los trágicos días del 6 y 7 de noviembre de 1985.

### I. EL LITICIO

Por intermedio de procurador judicial, Jairo y Jesús Estrada Salazar, demandaron, por los trámites de un proceso ordinario, que por reparto le correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, al Banco Popular, para que se hicieran las siguientes o semejantes declaraciones:

Que el Banco Popular es civilmente responsable de todos los perjuicios, materiales y morales, causados por la mencionada entidad bancaria "como consecuencia de no haber elaborado ni remitido al Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín los títulos o comprobantes de pago correspondientes a los depósitos judiciales ordenados".

Que como consecuencia de lo anterior el Banco debe pagar:

La suma de \$7.000.000.00, o cuanto se probare en el proceso por la pérdida del establecimiento de comercio denominado "Salón de Paños", junto con los elementos que los componen tales como nombre comercial, mercancías que estaban en el almacén, créditos, muebles, etc.

La suma de \$3.000.000.oo “por la pérdida al derecho a la prima del establecimiento y del Good Will del mismo”.

La suma de \$200.000.oo “por concepto de prestaciones e indemnizaciones laborales al personal desvinculado con motivo del lanzamiento”.

La suma de \$80.000.oo “por concepto de desmantelamiento del almacén, acarreo de mercancías, estanterías, mostradores, traslado de teléfono, etc.”.

La suma de \$48.000.oo “por concepto de condenación en costas del proceso de lanzamiento”.

La suma de \$25.000.oo “por el valor consignado al Banco Popular, sucursal de Medellín, por concepto de un canon de arrendamiento que no se había causado”.

La suma de \$60.000.oo por concepto “del daño moral sufrido”.

La suma de \$5.000.000.oo por concepto “de las utilidades dejadas de percibir o cuanto resultare probado en el proceso”.

A las costas del proceso.

Los hechos son señalados en los términos que se compendian:

Que el Banco Popular es un establecimiento bancario autorizado para recibir los títulos de consignación de los cánones de arrendamiento.

Que los demandantes tuvieron un establecimiento de comercio denominado “Salón de Paños” situado en el local No. 4 del “Edificio Pablo González” de Medellín, debidamente identificado en el hecho tercero, que le fuera arrendado para tal fin.

Que en el mes de julio de 1978 fueron demandados ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín en proceso de lanzamiento para que declarara la terminación del contrato y se ordenara la restitución del inmueble y durante el proceso mencionado entregaron en la cuenta de depósitos del Banco Popular de Medellín, con base en las órdenes escritas dadas por el citado juzgado, los cánones de arrendamiento que se causaban con el fin de cumplir su obligación y preservar su derecho a ser oídos.

Que en la elaboración de los títulos sólo intervino el Banco Popular, quien por tanto asumía el compromiso de enviarlos al juzgado donde cursaba el lanzamiento.

Que el Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín profirió sentencia decretando el lanzamiento, con las consiguientes ordenaciones, y que recurrieron en apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín, que no fuera concedido porque la secretaria del juzgado dejó la constancia de que los cánones de arrendamiento de los meses de agosto y septiembre no fueron cubiertos por los demandados.

Que la omisión en la elaboración de los títulos y su obvia no remisión al juzgado fue la causa única, directa y determinante de que no hubieran podido ser oídos en el proceso de lanzamiento cuando interpusieron el recurso de apelación con la consecuencia de la declaratoria de terminación del contrato y el lanzamiento, y, por consiguiente causa directa del daño material y moral sufrido en el patrimonio de los demandantes.

Admitida la demanda, se dispuso su notificación y la entidad bancaria dentro de la oportunidad legal dio contestación, con aceptación de unos hechos, negación de otros.

El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, mediante sentencia de 3 de junio de 1983, negó las pretensiones indemnizatorias deprecadas y condenó en costas "a la parte vencida en favor de la vencedora y en la medida de su comprobación".

Los demandantes interpusieron el recurso de apelación y el Tribunal Superior de Medellín dispuso:

"Se declara al Banco Popular, sucursal de Medellín, civil y extracontractualmente responsable, de los daños y perjuicios causados a las demandantes Jairo y Jesús Estrada Salazar, con ocasión del proceso de lanzamiento ameritado en el cuerpo de esta providencia.

"Como consecuencia de la precedente declaración, el Banco Popular pagará a los actores, las siguientes sumas de dinero:

"a) Por concepto de Good will, prima del local comercial y demás intangibles del establecimiento de comercio denominado 'Salón de Paños', de propiedad de los accionantes, la cantidad de dos millones quinientos mil pesos m.l. (\$2.500.000.00), suma ésta equivalente, al 50% del guarismo señalado por los peritos.

"b) Por desmantelamiento y transporte de mercancías, la suma de \$15.000.00 m.l.

"c) Por concepto de utilidades dejadas de percibir por los demandantes, el Banco Popular pagará a los actores, el 50% de lo que resulte demostrado dentro del trámite incidental de que trata el artículo 308 del C. de P. Civil, teniendo en cuenta las pautas señaladas en la parte considerativa de esta providencia.

"d) El Banco Popular, además, pagará a los demandantes; el 50% de lo que resulte probado en el incidente de que trata el artículo 308 ibídem, por concepto de prestaciones e indemnizaciones sociales, cubiertas al personal que fue desvinculado del almacén 'Salón de Paños', por razón de lanzamiento.

"e) De las restantes reclamaciones, se absuelve al banco demandado.

"f) Costas en la primera y en la segunda instancia, a cargo del banco vencido en un 50%.

"Las costas causadas en esta segunda fase procesal, serán liquidadas por la secretaría de la Corporación".

Contra la decisión precedente, las partes interpusieron recurso de casación, del que se ocupa ahora la Corte, con la reiteración de que el proceso fue reconstruido con las formalidades legales.

## II. MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras de mencionar los antecedentes del litigio y fijar las consideraciones del juzgador de primera instancia, el tribunal destaca el ámbito controversial de la

responsabilidad civil extracontractual, y con cita de doctrina jurisprudencial y de autores anota:

“El manejo de las cuentas de depósitos judiciales, fue asignado en un entonces, al Banco de la República por mandato del Decreto número 1943 de 1956; pero con el advenimiento de los Decretos números 1798/63, 0063/78, 2813 de 1978, etc., dicha responsabilidad se le asignó al Banco Popular, sin que al demandado le sea factible, hacer el depósito en entidad bancaria diferente, salvo que en el lugar donde se debe hacer el depósito, no exista sucursal de dicha dependencia.

“Se colige de lo que viene de anotarse, que el demandado en lanzamiento, para ser oído dentro del proceso, debe hacer las consignaciones en el banco indicado por el legislador, en la forma y tiempo debidos. De contera, la prerrogativa constitucional que al demandado en lanzamiento le asiste, de ser oído, de que se le practiquen las pruebas y de que se le atiendan sus recursos, depende de un acto voluntario del accionante como es, la consignación oportuna de la renta adeudada o causada, y del proceder que al banco le corresponda, remitiendo oportunamente, al respectivo juzgado, las constancias de consignación.

“Es así, como el legislador le asigna al Banco Popular una enorme responsabilidad, responsabilidad que no se puede manejar al desgaire, en forma descuidada o negligente; toda vez que el juez decide o atiende la petición del accionado, teniendo en cuenta la información remitida por el Banco, que es la prueba de la consignación de los cánones debidos”.

Para aseverar luego, ya en el punto de las responsabilidades:

“En el caso sub-examen, el Banco Popular, al responder el libelo introductor, lisa y llanamente confesó, haber cometido los errores que se le imputan en la demanda, pues al replicar el hecho décimo admite, que recibidos los dineros de los demandantes, los imputó a la cuenta de depósitos judiciales de los Juzgados 5º Civil de Menores y 4º Civil del Circuito, y a dichas oficinas remitió los respectivos recibos, error o falta que la misma entidad bancaria autocalifica de ‘insustancial e involuntaria’ ”.

“Empero, si se examina el proceder del banco, frente a las normas preindicadas, forzoso es concluir, que la entidad crediticia sí cometió una falta, falta que el funcionario del conocimiento cataloga de ‘sustancial, trascendente y fundamental’, como en efecto lo es”.

“Al Banco Popular, le correspondía remitir al Juzgado Quinto en lo Civil del Circuito, el original de los títulos de los depósitos judiciales, hechos por los hermanos Estrada oportunamente; y al no hacerlo, o al hacerlo incorrectamente, se produjo para los demandados la sanción de no ser oídos, y se les inadmitió el recurso de apelación, cuando legalmente estaban facultados para recurrir, y por tanto, debe el banco resarcir el daño ocasionado con ese nocivo proceder”.

Para el tribunal “si hubo falta, e innegable daño, debe la entidad bancaria prealudida, responder, ya que para la Sala, la no concesión del recurso de apelación, sí fue una causa decisiva y trascendente, en el lanzamiento que se produjo, en contra de quienes ahora demandan”.

Y más adelante sostiene el *ad quem*:

“No obstante lo anterior, al responder el pliego introductor, los accionados aportaron los recibos de pago respectivos, quedando por discutir en la secuela del proceso, lo relativo al mes de mayo, cuyo importe fue cancelado por los arrendatarios con un cheque que fue devuelto por el respectivo banco, por carecer dicho título valor del ‘sello seco’, mas no, por insuficiencia de fondos.

“Sin embargo, al desatar la controversia litigiosa, la funcionaria del conocimiento acogió las pretensiones de la parte demandante, ordenando de contera, el lanzamiento de los inquilinos, decisión contra la que se interpuso la alzada, con el fin de ventilar ante el juez colegiado, la segunda fase procesal, pero esa aspiración se truncó, por culpa del Banco Popular, al no haber remitido al Juzgado 5° Civil del Circuito, los títulos originales de las consignaciones efectuadas durante el trámite del proceso, hecho que dio lugar a que los demandados no fueran oídos y se produjese la ejecutoria de la sentencia y por consiguiente, el lanzamiento.

“Así las cosas, es imposible negar que la culpa de la entidad crediticia, fue condicionante en la ocurrencia del daño, ya que los demandados estaban en posibilidad jurídica de obtener una decisión favorable a sus pretensiones, si no hubiera mediado la conducta negligente del banco demandado. Pero es necesario destacar, que la culpa del banco no fue la única causa del perjuicio, porque el proceder de los hermanos Estrada, al haber cancelado una mesada con un cheque defectuoso, dando lugar al proceso de tenencia, es también una inconducta que debe ser tenida en cuenta, en el desenlace global del citado proceso.

“Podría decirse entonces, que para deducir la responsabilidad, estamos frente a una concurrencia de culpas, figura jurídica que presenta diferentes matices, según sea la teoría que respecto a la causalidad material se adopte.

“En consecuencia, si se acoge la teoría de la equivalencia de las condiciones, siendo dos o más los causantes del hecho ilícito, la solución es simple, pues ésta se obtiene dividiendo la responsabilidad entre los coautores por partes iguales, toda vez que de acuerdo a la *conditio sine qua non*, debe entenderse que cada uno de los coautores han colaborado de idéntico modo, vale decir, con igual eficacia en la producción del daño; en cambio si se adopta el concepto de la causalidad adecuada, la responsabilidad radica en aquél de los coautores que puso una causa adecuada en la producción del daño; mientras que si se acepta la teoría de la causalidad eficiente, el daño debe entenderse producido por todos aquellos que han puesto una causa impulsiva a su producción, de acuerdo con la importancia de su intervención en el hecho dañoso”.

Por último, el Tribunal se detiene en el aspecto de los perjuicios.

### III. LA IMPUGNACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

En un cargo único, en el ámbito de la causal primera de casación, enjuicia la parte demandante la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por violación del artículo 2357 del Código Civil por indebida aplicación “y correlativamente a esta indebida aplicación, la sentencia dejó de darle aplicación plena, como correspondía

en el caso, a los artículos 2356 del C.C., que en ese sentido atenuado fueron también objeto, por lo tanto, de infracción” a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Luego de transcribir algunos pasajes del fallo del Tribunal, en especial aquéllos en que habla de la culpa de la entidad crediticia, afirma el recurrente que sorpresivamente le da por sostener que no fue el banco demandado el único responsable del daño sufrido por los demandantes, sino que a la causación del mismo contribuyó un comportamiento culpable de los propios demandantes, circunstancia que la enmarca en que el pago de una mesada de arrendamiento, como causa para demandar el lanzamiento, se hizo con cheque defectuoso. Todo ello conforme no sólo con el cheque sino con los documentos de devolución, de la demanda que dio origen al proceso de lanzamiento, de su respuesta y de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito, que decidió dicho proceso y que el tribunal apreció equivocadamente para evidenciar una culpa concurrente en los demandantes Estrada.

Anota que la falta del sello seco en el cheque no puede servir de argumento para deducir una culpa puesto que no juega un papel decidido en el hecho de la no concesión del recurso de apelación. “Se cae de su peso, —dice el censor—, pues, que en el sentido específico indicado, que fue el tenido en cuenta por el Tribunal para imputarle culpa concurrente a los arrendatarios, ahora demandantes en el presente proceso ordinario, no había posibilidad alguna de prever la consecuencia adversa dicha, y que no se incurrió por lo tanto en culpa alguna en esa dirección. Es manifiesto error del Tribunal, entonces, ver en la conducta de los demandantes al girar el cheque sin sello, una culpa tipificada de esa manera”.

Para ir más allá:

“Se podría admitir, en gracia de discusión, que en la comentada conducta de los arrendatarios hubo negligencia y descuido en cuanto era deber de ellos advertir de antemano, es decir, prever, que la falta del sello seco traería como consecuencia que el cheque no fuera pagado y que se cuestionara por ello el pago del canon. Pero eso no sería suficiente para darle relevancia a tal culpa en el presente caso, porque entonces quedaría faltando el elemento relación de causalidad jurídica entre esa conducta culposa y el daño cuya reparación se pretende, dado que esa relación de causalidad tampoco se ve por parte alguna”.

Avanza en la crítica:

“Conviene agregar a lo anterior, y el argumento es decisivo al efecto, que es tanto la ausencia de relación de causalidad entre la culpa que el Tribunal equivocadamente le atribuye a los Sres. Estrada, aquí demandantes, y el daño cuya reparación ellos solicitan, que se puede hacer abstracción del cheque defectuosamente girado, hacer caso omiso de él, y sin embargo siempre se habría causado la negación del recurso de apelación y se habrían ocasionado los daños sufridos por los arrendatarios”.

Razona el recurrente enseguida en que a los demandados en el proceso de lanzamiento no se les negó el derecho a ser oídos con ocasión de la extensión del cheque por cuanto adujeron un recibo de pago correspondiente al respectivo mes, o

sea, de mayo de 1978, que excluye cualquier relación de causalidad entre la negligencia en que hubieran podido incurrir al girar el título valor y el hecho de que no hubieran podido recurrir en apelación.

Y finaliza: "Abundando todavía en argumentos en torno al error de hecho que se está demostrando, se puede invocar además la circunstancia de que el Tribunal da por supuesto que el cheque de marras fue mal girado y que en ello hubo conducta culposa de los ahora demandantes; da por supuesto eso, digo, porque en autos no aparece prueba alguna de que en el contrato de cuenta corriente entre los Sres. Estrada, arrendatarios, y el Banco de Occidente, que figura como girado en tal cheque, obrara como condición para el pago de los cheques que se omitieron la de que debieran ostentar un determinado sello seco impreso en ellos".

#### SE CONSIDERA

*No contiene el artículo 2357 del Código Civil una regla rígida para determinar la reducción de los perjuicios ahí prevista cuando se está frente a la concurrencia de culpas. Esto hace suponer, al mismo tiempo, que se deje discrecionalmente al juez de fondo la posibilidad de medir o cuantificar el daño o lesión atendida, también, la conducta de la víctima o su partición en el hecho ilícito.*

Cuando el tribunal, en el asunto que ocupa la atención de la Corte, apreció la culpa de la entidad demandada tuvo en cuenta unas circunstancias en la producción del daño pertinentes a que no se dio cumplimiento al envío de los títulos de consignación al juzgado que conocía del proceso de lanzamiento, hecho que, a su vez, determinó la negativa a la concesión del recurso de apelación interpuesto en aquella controversia por los ahora demandantes e impidió que se estudiara la inconformidad de los arrendatarios demandados con la decisión de terminación del contrato y de restitución del inmueble arrendado.

Pero, al mismo tiempo, el *ad quem* dedujo error de conducta en los demandantes en cuanto por su forma defectuosa de extensión o giro del cheque correspondiente al mes de mayo de 1978 permitió que se adelantara el proceso de lanzamiento con la alegación de la mora en el pago de dicho canon o renta. Y eso es evidente. Con mayor razón cuando el tribunal hizo descansar el daño no sólo en el tiempo probable de la actuación de la apelación, como era lo pertinente por la relación con la tenencia del local, sino que lo hizo extensivo a factores cercanos a la restitución misma.

Ordenadas así las cosas, pues, no pudo el tribunal incurrir en yerro fáctico en la apreciación tanto del cheque devuelto por el banco girado por la razón "de falta de sello seco", como del comprobante de devolución que así lo confirma, como de la demanda, la sentencia, la negativa del recurso de apelación, de la constancia secretarial y restantes piezas procesales, puesto que todas ellas confirman que el origen del proceso de lanzamiento fue, precisamente, el pago irregular del canon de mayo de 1978, de suerte que si los demandantes, como arrendatarios en aquel entonces, no hubieran incurrido en ese error de comportamiento contractual los arrendadores no hubieran tenido el camino expedito para pretender el lanzamiento. Vale decir, la culpa se radica en el desfallecimiento de la conducta propia de quien se

debe comportar como un buen padre de familia en sus relaciones obligatorias bilaterales.

No prospera, pues, el cargo.

#### IV. IMPUGNACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Dos cargos formula el recurrente demandado contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ámbito de la causal primera y que en el mismo orden propuesto serán estudiados.

##### *Primer Cargo.*

Por violación indirecta de los artículos 2341 y 2357 del Código Civil por aplicación indebida a consecuencia de la apreciación de las pruebas que más adelante se mencionan.

Comienza el censor con hacer un breve recuento de lo expuesto por el tribunal y con transcripción de pequeños fragmentos del fallo afirma que aquél no tuvo en cuenta que la actuación equivocada del banco “no fue la causa para que se decretara y produjera el lanzamiento” puesto que el no pago del mes de marzo, hecho con un cheque devuelto por la falta del “sello seco” fue suficiente para decretarlo. “Además, la demanda contenía otra causal, como el tribunal lo anota, o sea la necesidad del dueño para ocupar el local, que estaba destinada a prosperar, pues se hallaban reunidos los requisitos del mismo artículo 518 numeral 2º, y se le hizo el desahucio previo del artículo 520, con no menos de seis meses de anticipación a la terminación del contrato, como aparece en las copias pertinentes, que el Tribunal ignoró. Que lo fuera a ocupar con un negocio suyo distinto al del arrendatario, sólo se habría sabido si el lanzamiento hubiera obedecido a esta causal”.

Asevera que: “Dentro de la teoría prevaleciente de la ‘causalidad adecuada’, el hecho culposo debe haber desempeñado un papel preponderante en la realización del daño, que es lo que determina la normalidad de éste, por lo cual ha de aparecer como la ‘causalidad eficiente’ (Mazeaud pág. 558). En el problema de la causa se averigua ‘si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas. Así pues se labora con un cálculo de probabilidades y sólo se reconoce como causa aquella condición que se halle en *conexión adecuada* con un resultado semejante’ (Enneccerus Tomo II, vol. 1, pág. 66)”.

En la confrontación probatoria aduce:

“En el expediente figuran las siguientes pruebas (Cdno. 2º).

“a) Copia del auto que denegó la apelación de la sentencia de lanzamiento, con fecha 14 de febrero de 1980 y el cartel de lanzamiento que indica que el 18 de marzo de 1980 se efectuaría la diligencia, y de los certificados del Banco sobre el error cometido que son del 20 de dicho mes y año o sea después de ocurrido el daño.

“b) Copia de la sentencia de lanzamiento de 9 de febrero de 1980 que expresa que no obstante aparecer recibo del canon de mayo de 1978, el cheque fue ‘devuelto

finalmente por falta de «sello seco» según el volante bancario, debido a que el girador ordenó pagarlo el 17 de mayo, pero sin comunicar siquiera a los arrendadores' ”.

“Además anota que los cánones de junio y julio de 1978, se consignaron, y aunque se enviaron por correo certificado, no aparece que se hubieran remitido a la dirección correcta de la arrendadora, ni se le hubiera notificado de ello, de acuerdo a los decretos que se citan, concluyendo que ‘los demandados no lograron acreditar el pago por las reclamadas en el libelo’ (mayo, junio y julio de 1978).”

“c) Copia de la contestación de la demanda de lanzamiento seguido por Guillermo Saldarriaga y Lia Mira de Saldarriaga contra los Estrada y ‘la sucesión de Rafael Salazar’, cuyos herederos indeterminados fueron representados por curador *ad litem*, en que el apoderado dice que se pagó el mes de mayo de 1979, ‘se giró el cheque y si se presentó algún error fue de buena fe’ ”.

“d) Copia de requerimientos a Jairo y Jesús Estrada y al curador *ad litem* de los herederos indeterminados de Rafael Estrada Salazar, para que en el término de seis meses desde 17 de septiembre y octubre 4 de 1977, respectivamente, restituyan el local arrendado a Guillermo Saldarriaga y Lia Mira de Saldarriaga. Y del título de dueños de los Saldarriaga”.

Para concluir:

“Al pasar por alto estas pruebas, que sirvieron de base para la indemnización al demandante de un perjuicio eventual, pues dependía de que la sentencia de lanzamiento se hubiera revocado, y que sirven al demandado para demostrar una defensa también eventual y por tanto equilibran la posición probatoria de las partes (C. de P. C. artículos 37, 2º), incurrió la sentencia en error de hecho que aparece de manifiesto en el proceso. Sobra decir, que este error se puede presentar: “Cuando al ser apreciada (determinada prueba) en sí misma y no en función de su mérito, ni del criterio de apreciación del Tribunal, se le aprecia sin fidelidad objetiva para desconocer, restringir o ampliar su contenido real”.

#### SE CONSIDERA

Para arribar a la responsabilidad de la entidad crediticia, el tribunal se situó en la omisión en el envío de dos títulos de consignación de la renta o precio del arrendamiento que los demandantes habían depositado dentro del proceso de lanzamiento que le siguiera Guillermo Saldarriaga y Lia Mira de Saldarriaga, como hecho culposo, y en el cierre de la oportunidad de recurrir en apelación del fallo proferido en contra de aquéllos para discutir los alcances de dicha providencia como medio de impugnación, como daño resultante de la imposibilidad de atacar ésta y evitar el lanzamiento, no obstante estimó, para deducir la concurrencia de culpas, que la suerte del litigio no estaba sujeta necesariamente a esa situación sino también apoyada en la extensión de un cheque para cancelar un canon de arrendamiento sin el “sello seco” impuesto por el propio girador. Y la relación de causalidad la derivó de esos componentes, dentro de la discrecional facultad para establecer la responsabilidad civil por hecho ilícito.

Ahora bien, el censor enjuicia la sentencia, precisamente, porque el tribunal no descargó toda la culpa en los propios demandantes cuando desatendieron el deber de

pagar la renta o canon con un cheque que cumpliera todas las condiciones de su otorgamiento. Para el recurrente, pues, toda la culpa radica en los demandantes, de ahí que desestime las conclusiones del sentenciador de segundo grado, en cuanto la certeza del daño que resulta controvertible particularmente si se aprecian las pruebas sobre las cuales les enrostra errores de hecho, en procura de demostrar qué motivos suficientes existieron para decretar el lanzamiento ajenos a la conducta de la entidad demandada.

Sin embargo, resulta incontestable que el tribunal, tal como se dijo anteriormente, localizó la culpa del banco en el hecho de no remitir al juzgado respectivo los títulos de consignación referenciado que le restó la oportunidad de tramitar el recurso de apelación contra la sentencia que había ordenado la restitución, por la vía del lanzamiento, del inmueble entregado en locación. Y en ese aspecto no pudo incurrir en ningún yerro fáctico por cuanto la apreciación de los factores de responsabilidad encaja dentro del ámbito de la calificación jurídica propia del juzgador de fondo cuando identifica la culpa y el daño causado.

La suerte de la controversia de tenencia no podía, en sí misma considerada, ser la determinante del daño bajo el entendimiento que el pleito podía concluir bien con la confirmación de la sentencia ora con una revocación o modificación, o sea, no se daba la circunstancia de la favorabilidad exclusiva para el apelante. En cambio, sí es evidente que la no concesión del recurso fue el producto de la no presentación de los comprobantes bancarios de consignación en cumplimiento al mandato del artículo 434 del C. de P. C., en el sentido de no ser oído. La causalidad cierta y directa, requerida para esta modalidad de responsabilidad, se advierte y prueba con la providencia del juzgador de conocimiento que negó la alzada, y con las otras actuaciones procesales, como la sentencia de lanzamiento, la diligencia de lanzamiento, con las que se puede verificar que en verdad los arrendatarios, demandantes en este proceso, no pudieron hacer uso de los medios legales de que disponían para evitar la tenencia del inmueble derivado de una relación sustancial de locación. La conducta culpable, entonces, de la entidad demandada resulta cierta y el daño es una extensión inevitable por la simple aceleración de la actividad procesal permitida en una controversia de lanzamiento de un local comercial, que permitió, consecuentemente, la restitución sin relación justificada, del bien.

Las piezas, por tanto, procesales, que según el recurrente sirvieron para que el tribunal hubiera incurrido en error de hecho, lejos están de mostrar falencia alguna puesto que la apreciación de los supuestos de hecho y probatorios están acordes con la perspectiva crítica y con las conclusiones sobre la responsabilidad extracontractual del banco demandado señalada en la sentencia. No se puede sostener que existe contraevidencia en un fallo sobre los cuales se ofrecen unos factores de convencimiento propio de la identificación culpable que surge de esta forma de responsabilidad y, especialmente, si la inconformidad del propio recurrente se edifica sobre la posibilidad de un fallo posterior, que pudiera alterar la decisión inicial cuando el hecho ilícito está ubicado alrededor de la omisión en el envío de los títulos de consignación que impidieron se surtiera la apelación. En ese sentido la presunción de acierto de la sentencia adquiere relevancia y vigencia.

Por eso, insistentemente ha dicho esta Corporación que para que un error de hecho sirva de respaldo al aniquilamiento de una sentencia se requiere que sea evidente y trascendente de suerte que sin mayores esfuerzos se pueda precisar el yerro del sentenciador, y esto no se alcanza en el cargo.

Impróspero, entonces, el cargo.

*Segundo cargo.*

Por violación de los artículos 2341, 2357, 1613 y 1614 del Código Civil por aplicación indebida, a consecuencia de errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas. Se compromete el recurrente, en un primer momento de impugnación, en que el reconocimiento hecho en la sentencia por la suma de \$15.000.00 por concepto de desmantelamiento y transporte de mercancía está amparado en una prueba que carece de efectos puesto que son los mismos peritos los que se advierten en su dictamen que es un cálculo aproximado “desprovisto de firmeza, precisión y carente de fundamentos”. Y por otra parte el único elemento probatorio al respecto sería el recibo firmado por Hernando Colorado, pero que no está reconocido conforme al artículo 277-2 del C. de P. C.

Acomete la crítica al otro punto de la condena, el atinente al “good will”, prima del local y demás intangibles por la suma de \$2.500.000.00, para sostener que “no existe prueba de la prima, ni en el caso concreto, ni como costumbre del lugar, ni por sus conocimientos técnicos especiales, los peritos concluyen que existe ya que se limitan a evaluarla, lo que no quiere decir que haya existido. Por el contrario, conforme al contrato de arrendamiento (Cdno. 2, fol. 71 v.), no se pagaría prima al desocupar el arrendatario el local. Y los medios señalados en los artículos 6º del C. de Co. y 189 del C. de P. C. no se pidieron. Algo más: la Cámara de Comercio de Medellín certifica (Cdno. fol. 38) que no existe dicha costumbre compilada en sus oficinas.

“Como el perjuicio debe ser ‘probado en su existencia y en su extensión’ (G.J. No. 2016, pág. 113), al suponer la sentencia prueba respecto al que no se demostró, incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en el proceso y violó por indebida aplicación, los preceptos de derecho sustancial citados, por aplicarlos cuando no debió hacerlo”.

SE CONSIDERA

Como quedó reseñado en la presentación del cargo, el censor monta su impugnación en la deficiencia probatoria del dictamen pericial y en la falta de prueba idónea para establecer los extremos del daño referido tanto al transporte como a la prima, pero también se ampara en un certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, como complemento de los errores que le enrostra a la sentencia en lo concerniente a la estimación de la prima y a un recibo firmado por Hernando Colorado, atinente al pago de transporte.

Pues bien, durante la reconstrucción no se aportó el certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, ni el recibo firmado por el señor Hernando Colorado. Y lo cierto es que una y otra prueba sirven de apoyo al recurrente para enjuiciar la sentencia por errores en su apreciación. En esta circunstancia se hace imposible una

confrontación integral de los medios de prueba sobre los cuales se construye la impugnación. Para saber, entonces, si existió la falencia resultaba indispensable aportar al proceso reconstruido las pruebas sobre las cuales se combate la decisión del *ad quem*.

No se le puede endilgar yerro fáctico a un dictamen pericial por el hecho de haber fijado el monto de los gastos de transporte de los elementos que permanecían en el local cuyo lanzamiento se decretó por la manifestación de que es un cálculo aproximado, puesto que en verdad, de manera concreta, los peritos lo determinaron.

Por último, el casacionista censura la condena a la indemnización en lo que hace relación a la prima, good will y demás intangibles, empero concreta la crítica a un solo aspecto: el de la prima, dejando a un lado los otros dos puntos de reconocimiento. Y si se tiene en cuenta que el sentenciador de segundo grado incluyó todos esos factores para establecer ese punto de condena, no se puede revisar un solo tópico con prescindencia expresa de los restantes.

No prospera 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 5 de julio de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario adelantado por Jairo y Jesús Estrada Salazar contra el Banco Popular.

Costas a cargo de ambas partes.

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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## PERMUTA

**A la permuta sí le son aplicables las reglas de la compraventa concernientes al precio. Parangón entre la permuta y la compraventa.**

*Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que, con fecha 7 de abril de 1986, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario de Gabriel Orlando, Luis Fernando, Jesús María y Gustavo Adolfo Trujillo Restrepo, Carlos y Gabriel Trujillo Cadavid contra Germán Mejía Amaya, la sociedad Germán Mejía y Cia. Cultivos Samaria, hoy Germán Mejía y Cia. Cultivos Samaria Ltda.

### LITIGIO

I) Se pretende en el libelo introductorio del proceso, que se declare que la parte demandada se encuentra obligada, a favor de los demandantes, a completar el precio de que trata la cláusula undécima del contrato que consta en la escritura pública 715 del 16 de junio de 1977, de la Notaría Cuarta del Circulo de Pereira, registrada en Cali el 27 de julio de ese mismo año, en cuanto habla de quinientas doce (512) hectáreas de los predios "Bonanza" y "San Alfonso", situados en los parajes "San Isidro" y "Bocas del Palo", de la jurisdicción de Jamundí, Departamento del Valle del Cauca, predio o hacienda que forma un solo globo y que se conoce con el nombre de "Bonanza", reconociendo por el faltante a razón de noventa y tres mil trescientos pesos (\$93.300.00) M/Cte. por hectárea, y como resultó un faltante de setenta y una hectáreas un mil trescientos veinticinco metros cuadrados (71 h. 1.325 m<sup>2</sup>), en medición posterior, lo que arroja un total de seis millones seiscientos treinta y seis mil seiscientos sesenta y dos pesos con veinticinco centavos (\$6.636.662,25) M/Cte., suma de dinero ésta que será entregada a nuestros mandantes en la proposición y porcentaje como adquirieron y de que habla el citado instrumento público..., o lo que resultare probado, más los intereses legales desde su exigibilidad y por las costas y gastos del proceso incluyendo los honorarios de abogado; que en subsidio de lo anterior, se condene a los demandados a pagar a los demandantes, en la proporción

que señala la escritura mencionada, la suma que resulte probada y relativa a la cláusula penal incumplida, con intereses, costas y gastos del proceso; que, así mismo, de modo subsidiario, se condene a Germán Mejía Amaya y a la sociedad demandada que éste representa a determinar el monto, “en pesos moneda corriente, de la indemnización total con intereses, costas y perjuicios”, a favor de los demandantes, en la proporción anotada en la cláusula undécima de la referida escritura, “sin perjuicio de la acción ejecutiva que los demandantes favorecidos... sigan contra los demandados para su cobro, sin necesidad de notificación, requerimientos o constitución en mora, en caso de incumplimiento...”.

II) Los hechos constitutivos de la *causa petendi* se sintetizan del siguiente modo:

Que por escritura 715 del 16 de junio de 1977 de la Notaría Cuarta de Pereira, Germán Mejía Amaya, en su propio nombre y en representación de la sociedad Germán Mejía A. y Cia. Ltda. Cultivos Samaria, con domicilio en la ciudad de Cali, transfirió a título de permuta a Gabriel y Carlos Trujillo Cadavid, Luis Fernando Trujillo Restrepo y Heriberto Trujillo Vélez el 77.5% de la hacienda conocida con los nombres Bonanza y San Alfonso y, a título de venta, a Jesús María, Gabriel Orlando, Guillermo León y Gustavo Adolfo Trujillo Restrepo el 22.5% de los mismos predios; que en el instrumento dicho se garantizó una extensión de quinientas doce hectáreas y se dispuso que si faltase terreno para completar esa cabida, Germán Mejía y la sociedad representada por él pagarían las hectáreas faltantes, como sanción, la suma de \$93.300.00 por cada una; que los adquirentes del predio se vieron precisados a hacer su medición con la ayuda del ingeniero Saulo Garcés, lo que le dio un resultado de cuatrocientas cuarenta hectáreas ocho mil seiscientos setenta y cinco metros cuadrados (440 h. 8.675 m<sup>2</sup>), trabajo que se protocolizó en la Notaría Cuarta de Pereira (Risaralda) por escritura 1.183 del 2 de septiembre de 1980; que a la parte demandada se le requirió por conducto del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali para que diera cumplimiento a la cláusula undécima del negocio que consta en la escritura 715, “habiéndose dado por notificado el citado señor Mejía Amaya en escrito del 18 de agosto de 1981 y constituyéndose en mora desde la diligencia del jueves doce de noviembre del mismo año de 1981, ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad de Cali...”; que la parte demandada no ha dado cumplimiento a la cláusula aludida; que los adquirentes sólo recibieron 440 hectáreas y quedaron haciéndoles falta 71 h. 1.325 m<sup>2</sup> “lo que da un valor en pesos como reintegro por el tradente vendedor de seis millones seiscientos treinta y seis mil seiscientos sesenta y dos pesos con veinticinco centavos, más los intereses legales, costas y perjuicios, que toda cláusula penal como sanción conlleva”.

III) La parte demandada se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y alegó la excepción de prescripción, porque había transcurrido más del año que prevé el artículo 1.890 del C.C. cuando se le notificó la demanda introductoria del proceso, tal como se desprende de la cláusula séptima de la escritura 1183 del 2 de septiembre de 1980, otorgada en la Notaría Cuarta del Circulo de Pereira.

IV) El fallo de primer grado declaró, por una parte, no probada la excepción de prescripción; y por la otra, “que la sociedad Germán Mejía A. y Cia. Ltda. Cultivos Samaria y el señor Germán Mejía Amaya en su condición de persona natural están obligados a pagar a los señores Gabriel Trujillo Cadavid, Luis Fernando Trujillo

Restrepo, Heriberto Trujillo Vélez, Gabriel Orlando Trujillo Restrepo, Jesús María Trujillo Vélez, la suma de \$6.431.001. El derecho de cada uno de éstos será equivalente a la cuota que poseen en los mencionados predios. Este monto deberá cancelarse dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia o de la que ordene cumplir lo resuelto por el superior"; condenó a los demandados, por partes iguales, a pagar las costas del proceso.

V) El Juzgador de segunda instancia, al desatar la apelación interpuesta por la parte demandada, confirmó la sentencia del *a quo*, por decisión del 7 de abril de 1986.

#### FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Comienza el *ad quem* sus consideraciones, señalando que en la demanda se persigue que los demandados paguen a los demandantes de manera solidaria la suma de \$93.300.00 por cada una de las hectáreas faltantes, tal como se convino en la cláusula undécima del negocio que consta en la escritura pública 715 de fecha 16 de junio de 1977 de la Notaría Cuarta del Circulo de Pereira, lo que arroja un total de \$6.431.031.00 si se tiene en cuenta que la cabida faltante asciende a 68 hectáreas y 9.282 m<sup>2</sup>.

Señala, además, que los demandados no han desconocido la realidad del faltante en la cabida del globo de terreno que transfirieron a los demandantes y se han limitado a alegar la prescripción de la acción incoada en su contra con fundamento en lo que establece el artículo 1890 del C.C.

Luego se refiere a las diferencias entre la compraventa y la permuta en los siguientes términos:

"La diferencia entre la compraventa y la permuta radica en el precio, entendido éste como la contraprestación en dinero por el objeto que se da. Ese precio es característico y consubstancial a la compraventa, mientras que en la permuta encuéntrase ausente, sencillamente no existe. De modo, que, por lógica, las normas de la compraventa relativas al precio resultan extrañas al contrato de cambio y, por eso mismo, en términos generales éste tampoco puede ser campo propicio para ellas, por razones obvias, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes a este respecto.

"Y una de esas normas es justamente la del artículo 1888 del Código Civil. La actuación de esta norma se liga estrechamente a la noción de precio, y como ya se sabe, éste no existe en el contrato de cambio. Luego repugna a la razón y a la lógica que dicha preceptiva pueda encontrar acomodo y tener campo de aplicación en un contrato en el que se halla ausente el presupuesto básico, *sine qua non*, para su funcionamiento y operancia".

Agrega que "el inmueble a que se refiere la demanda fue transferido a los demandantes, a unos, a título de permuta, y a otros a título de venta, y lo dicho solamente soluciona lo relativo a la permuta, mas deja insatisfecho lo concerniente a la compraventa, otras razones existen... que abarcan la cuestión en su totalidad y la dilucidan en forma general y sin consideración a determinado acto o contrato".

Concluye que lo pretendido por los demandantes no tiene como fundamento el artículo 1888 del C.C., pues esta norma no contempla la posibilidad “de exigir directamente el pago en dinero de la cabida echada de menos”, o sea que la causa de la pretensión tiene su apoyo exclusivo “en una disposición contractual, conclusión que también y de manera acertada el Juzgado expuso en la sentencia”; que, por consiguiente, el ejercicio del derecho a que se refieren los demandantes, se encuentra sujeto “a los términos ordinarios de prescripción, y no a la de corto tiempo que en forma equivocada ha venido sosteniendo el señor apoderado de la oposición”.

Y termina sus consideraciones así:

“Finalmente, como el derecho alegado por los demandantes, a cuya realización ha estado dirigida la demanda, fue debidamente concretada en el curso del proceso, al haberse establecido por medios probatorios legales la cabida faltante se encuentra vigente, pues la prescripción (caducidad) que le corresponde es la común, muy distante aún de haberse consumado, síguese que la demanda necesariamente debe prosperar, desde luego que se encuentra plenamente demostrado el supuesto de hecho de donde surge el derecho para cuya satisfacción se ha buscado la actuación de la ley. Y como así lo resolvió el juzgado en sentencia objeto del recurso, acertado resulta entonces ese pronunciamiento y debe por ello confirmarse”.

#### DEMANDA DE CASACIÓN

Cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia; se comenzará su estudio por el primero, ya que se refiere a un vicio *in procedendo* y se apoya en la causal segunda del artículo 368 del C. de P.C., y los restantes que se formulan dentro de la órbita de la primera, se examinarán agrupadamente.

##### *Primer cargo.*

Se acusa la decisión del Tribunal de ser incongruente, pues confirma la decisión del *a quo*, el segundo civil del circuito de Cali, “en el sentido de que el debate versa exclusivamente sobre una permuta, sobre la cual considera que no le son aplicables las normas de la venta por cabida”.

En el desarrollo de la censura sostiene el recurrente que dicha inconsonancia “aparece de bulto por cuanto en la demanda de instancia... , aparece en forma clara e inequívoca y que no se remite a duda alguna, que los demandantes traen a cuento dos situaciones jurídicas diferentes y sobre ellas exigen el pronunciamiento del juzgado”: La primera, que se refiere a la permuta del 77.5% de la hacienda Bonanza y San Alfonso; y la otra, sobre la venta del resto del dominio del predio “a unos adquirentes distintos de los que habían recibido a título de permuta, la otra parte del predio”; que el sentenciador al confirmar la decisión de primer grado “se limitó a pronunciarse sobre lo relativo a la permuta y dejó completamente por fuera lo que atañe a la compraventa”.

#### SE CONSIDERA

1. *La inconsonancia de la sentencia tiene lugar cuando lo que en ésta se resuelve no armoniza con lo que constituye la materia litigiosa del proceso, es decir, con las pretensiones formuladas por el demandante y las excepciones propuestas por el deman-*

*dado; lo que significa que el sentenciador debe pronunciarse sobre los extremos de la controversia planteados por las partes, sin poder ir más allá de lo pedido, ni dejar de decidir algún aspecto del debate correspondiente, ni resolver cuestiones ajenas a lo pretendido o a lo que constituye la oposición, a menos que la ley faculte al juzgador para hacer pronunciamientos oficiosos.*

2. En el *sub lite*, si se confronta la parte resolutive de la sentencia del Tribunal, la cual confirma la del *a quo* que decidió declarar no probada la excepción de prescripción y condenó a los demandados al pago de \$6.431.000.00, se observa que ella se limita, por una parte, a desechar la única defensa que propusieron ambos demandados apoyada en el artículo 1890 del C.C.; y por la otra, a imponer, aunque por una suma menor y sin intereses, la condena impetrada en la súplica principal de la demanda; por lo que se infiere que no se da la incongruencia que se le achaca a la sentencia recurrida.

3. Dice el censor que los demandantes apoyan sus derechos y sus pretensiones en dos situaciones jurídicas: la de una compraventa y la de una permuta y el Tribunal “se limitó a pronunciarse sobre lo relativo a la permuta y dejó completamente por fuera lo que atañe a la compraventa”. (Fl. 21 C. Corte).

4. El actor en su demanda, cuando pide que se condene a los demandados a pagar \$93.300.00 por cada hectárea faltante se refiere a la totalidad de la negociación celebrada por las partes, lo que comprende tanto la compraventa como la permuta a que se refiere el casacionista. El pronunciamiento del Tribunal, al confirmar el de primer grado, se hace en igual sentido, pero sin incluir los intereses pedidos por el actor y señalando para el pago un monto total inferior al solicitado; lo que desde ningún punto de vista tipifica la inconsonancia a que se refiere la censura.

5. Ni siquiera la sentencia desatiende las situaciones presentadas en la *causa petendi*, ni se apoya en hechos distintos de los narrados por el actor, pues en primer término, para concluir que no puede prosperar la prescripción a corto plazo en que se apoyó la oposición, sostiene que a la permuta no le son aplicables las normas de la compraventa relativas al precio, porque en su sentir, carece de éste; y más adelante agrega:

“Pero esto no es todo ni lo único que puede decirse a propósito de la situación suscitada por los demandados a objeto de señalar la falta de contenido jurídico. Entre otras cosas porque el inmueble a que se refiere la demanda fue transferido a los demandantes, a unos, a título de permuta, y a otros a título de venta, y lo dicho solamente soluciona lo relativo a la permuta, mas deja insatisfecho lo concerniente a la compraventa. Otras razones existen y van a exponerse...”.

Luego expone:

“Para comenzar se permite anotar la Sala que de conformidad con el artículo 1888 del Código Civil, cuando la cabida del inmueble vendido resulta inferior a la cabida declarada en el contrato, puede el comprador obtener la reducción del precio o apartarse de la compraventa si el faltante es de cierta consideración que la misma norma señala. Y si se mira la pretensión del proceso, aunque ella evidentemente se refiere a un caso de menor cabida en el predio adquirido, lo que se encuentra es que los demandantes no han ejercitado en esa pretensión ninguna de las alternativas

anotadas arriba, sino directamente la satisfacción o pago de ese faltante en dinero efectivo. De donde es fácil concluir que tal pretensión no tiene, no puede tener como fundamento el citado artículo 1888, sencillamente porque éste no incluye entre las alternativas que contempla esa de exigir directamente el pago en dinero de la cabida echada de menos.

“Así las cosas, ninguna duda puede quedar acerca de que el único y real fundamento de la pretensión incoada lo constituye la cláusula once tan mencionada y por lo mismo ya suficientemente conocida. O sea, que no tiene su causa esa pretensión en una disposición legal, sino exclusivamente en una disposición contractual, conclusión que también y de manera acertada el juzgado expuso en la sentencia”.

Lo anterior pone en evidencia que lo resuelto por el Tribunal armoniza en su totalidad con lo que constituye el objeto de la *litis*, o sea, como se dijo atrás, el *petitum*, con su razón fáctica, y la oposición planteada por los demandados.

El cargo, por tanto, no prospera.

#### *Segundo Cargo.*

Se acusa la sentencia de ser violatoria, de modo directo, por falta de aplicación, de los artículos 1887, 1888, 1890, 2535 y 2545 del C.C. y 306, en parte, del C. de P.C.; por aplicación indebida, de los artículos 1602, 2527, 2528 y 2529 del C.C., y 306, en parte distinta, del C. de P.C.; y por interpretación errónea de los artículos 1850 y 1958 del C.C.

Luego se refiere el censor al argumento expuesto por el Tribunal, en la parte motiva de su proveído, en el sentido de que si bien en principio se aplican a la permuta las normas relativas a la compraventa no lo son las concernientes a la venta por cabida ni especialmente el artículo 1890 del C.C., que consagra una prescripción de un año contado desde la entrega del bien, para instaurar la acción prevista en el artículo 1888 *ibidem*, lo cual es errado por cuanto en la permuta, a la luz de los artículos 1850 y 1958, sí hay precio, tanto que en tal tipo de negociación tiene cabida la lesión enorme; que “para excluir de la permuta una normatividad de la compraventa, es requisito ineludible que así lo disponga precisa y excepcionalmente un determinado mandato legal”; que bien se trate de venta o permuta de predios rústicos “la cabida exacta del inmueble producirá el resultado obvio de ajustar definitivamente su precio, precio que... sí existe tanto en uno como en otro contrato”; que el Tribunal erróneamente calificó de permuta toda la operación en la cual los demandantes entregaron parte considerable en bienes raíces y el resto en dinero, el cual era divisible y permitía “cualquier devolución del excedente del precio correspondiente al faltante de la cabida”; que debe tenerse en cuenta que a los demandados se les está condenando “con la pasiva complicidad del Tribunal y el juzgado”, a pagar “más de \$6.000.000.00 por no haber entregado la décima parte de un predio que en su totalidad fue estimado en \$5.000.000.00 de pesos o sea, los desafortunados demandantes pretenden no sólo quedarse con las 4/5 partes de lo que se les había ofrecido entregar, sin pagar un solo centavo, sino además obtener una utilidad, por darle alguna expresión benevolente, de \$1.000.000.00 de pesos adicionales”.

*Tercer Cargo.*

Acúsase la sentencia de violar, por vía directa, los artículos 1850 y 1958 del C.C., por interpretación errónea; de los artículos 30, 32, 1887, 1888, 1890, 1914, 1915, 1917, 1920, 1923, 1924, 2535 y 2545 ib., 8 de la Ley 153 de 1887 y 306, en parte, del C. de P.C., por falta de aplicación, y los artículos 1602, 2527, 2528 y 2529 del C.C. y 306, en parte distinta, del C. de P. C., por aplicación indebida.

Sostiene el recurrente que en la permuta sí hay precio, pues según el 1850 del C.C. éste puede consistir parte en dinero y parte en otras cosas; tanto que la lesión enorme tiene cabida en tal tipo de negociación, la que puede establecerse, aún en el caso de que no se hubiera determinado el valor de los objetos permutados, con el justiprecio pericial de éstos para el día del cambio; que es tanta la similitud entre permuta y compraventa que por regla general las normas de la una se aplican a la otra, salvo que, por mandato legal expreso, se disponga lo contrario respecto de determinado punto; que tanto en la venta como en la permuta “caben las figuras no sólo de la cabida sino además del saneamiento de vicios redhibitorios y... cuando se fijó precio para la finca rural entregada en permuta por los demandados, lo que si bien pudo implicar una inicial determinación de su precio, quedó acompañada del mecanismo legal para determinarlo en definitiva, tan pronto como a los adquirentes les fuera entregada materialmente la finca y así pudieran, consecuencialmente proceder a su mensura como factor de determinación exacta de su precio”; que bien se trate de venta o de permuta de predios rústicos “la cabida exacta del inmueble producirá el resultado de ajustar definitivamente su precio, precio que... existe tanto en uno como en otro contrato”; que el Tribunal, al no considerar aplicables a la permuta las disposiciones de la venta, no tuvo en cuenta las de venta por cabida, entre ellas la que dispone que la acción respectiva prescribe el año de efectuada la entrega, ni tampoco las de saneamiento por vicios redhibitorios “y, específicamente, las que atañen a la rebaja al precio a que tiene derecho el comprador colocado en esa situación, rebaja del precio cuya acción expiró a los 18 meses de efectuada la entrega de la finca, término más que superado con la simple consideración de que esta demanda se entabló cinco años después de ocurrida tal entrega”.

*Cuarto Cargo.*

Endilga el casacionista al sentenciador, violación indirecta de los artículos 1502, 1523, 1600, 1601 del C.C., por falta de aplicación, y de los artículos 1529 y 1602 ib. por aplicación indebida, como consecuencia de yerros fácticos en la apreciación de las pruebas.

Sostiene que el Tribunal no vio lo que palmariamente dice en la cláusula undécima el negocio que consta en la escritura 715, es decir “no se percató... que el pago allí previsto de una suma de noventa y tres mil trescientos pesos (\$93.300.00) por cada hectárea faltante... es un pago de sanción, o sea en otras palabras es una cláusula penal de la obligación de entregar determinada cabida de terreno” y agrega:

“Y tan es sanción, y aquí brota un nuevo error de hecho del Tribunal, que en la misma escritura aparece de su simple lectura que el precio total de la finca de los demandados fue la cantidad de \$5.200.000.00, descompuesta en \$1.170.000.00 a

título de venta del 22.5% y \$4.030.000.00, a título de permuta que otros de los adquirentes le hicieron y que consistió en el cambio del 77.5% restante por dos edificios. Me remito, como prueba ignorada en ese aspecto por el Tribunal, pero que es componente importante de su decisión, a la copia auténtica de la escritura de permuta No. 715 del 16 de junio de 1977 de la Notaría Cuarta de Pereira, aducida por los demandantes, y que obra en los folios 7 a 11 del Cdno. principal”.

Más adelante afirma el recurrente que según la referida escritura la cabida de la finca se estimaba en 512 hectáreas, y de acuerdo con el dictamen pericial que obra en el cuaderno de oficio del juzgado, prueba que dice también fue preterida, la finca midió 443 hectáreas con 718 metros cuadrados; que si el precio total fue de \$5.200.000.00 pesos, el precio por hectárea fue entonces de \$10.156 pesos; por lo que un faltante de 68 hectáreas 9282 m<sup>2</sup> “le correspondería un total como precio o valor del terreno faltante de setecientos mil setecientos sesenta y cuatro pesos (\$700.764.00)”, y que “al haber excedido el Tribunal esta última cifra, pues la condena por el concepto anotado ascendió a seis millones cuatrocientos treinta y un mil pesos (\$6.431.000.00), y a consecuencia de los evidentes y trascendentales errores de hecho... violó por falta de aplicación el referido artículo 1601 del Código Civil, pues no lo hizo valer en su sentencia, no obstante que era la norma pertinente para ser aplicada en la realidad fáctica del proceso, realidad que el Tribunal con grave error de ese linaje desconoció en el fallo acusado”.

Afirma, por último, el censor:

“Para rematar el cargo, debe tenerse en cuenta que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, como lo es el pacto de obligación con cláusula penal a que me he referido, que rebasa, conforme ya quedó demostrado, el límite contemplado al efecto por el artículo 1601 del Código Civil, razón por la cual el sentenciador al darle validez a ese pacto en virtud de los graves y trascendentes errores de hecho que atrás deje relatados, violó el referido artículo 1523 pues debiéndolo aplicar dejó de hacerlo, y tuvo, con grave yerro de hecho y de derecho, por lícito un pacto o contrato prohibido por la ley, y así violó por igual concepto el 1502 del C.C. pues niega carácter de obligación a declaración de voluntad con ese objeto ilícito.

“También, y como secuela de sus yerros fácticos ya mencionados, violó por falta de aplicación el artículo 1600 del Código referido, pues con su sentencia produjo una condena que involucra a la vez una pena y una indemnización de perjuicios, siendo así que el texto en referencia expresamente lo prohíbe, mandato que el Tribunal ha debido aplicar y dejó de hacerlo”.

#### Quinto Cargo.

Afirma el recurrente que la sentencia del *ad quem* violó indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 30, 32, 1850, 1887, 1888, 1890, 1914, 1915, 1917, 1920, 1923, 1924, 1958, 2535 y 2545 del C.C., 8 de la Ley 153 de 1887 y 306, en parte, del C. de P.C., y por aplicación indebida, los artículos 1602, 2527, 2528 y 2529 del C.C. y 306, en parte distinta del C. de P. C., a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Luego manifiesta que el error de hecho que señala “aparece de bulto en el expediente tanto de la prueba consistente en la copia auténtica de la escritura 715 del 16 de junio de 1977 de la Notaría Cuarta de Pereira... como del certificado de propiedad y libertad... y en especial de la demanda de instancia en sus hechos a) y h)...”, documentos en los cuales se habla de que el negocio entre las partes fue una permuta y una venta; que el Tribunal, en vez de aplicar las normas que regulan estas situaciones fácticas, aplicó regulaciones legales distintas al verdadero tipo de situación contractual que está en litigio; que en la permuta sí hay precio, por lo cual le son aplicables no sólo las reglas de la venta por cabida “sino además del saneamiento de vicios redhibitorios y, con mayor razón en el caso que se estudia, cuando se fijó precio para la finca rural entregada por los demandados, lo que si bien pudo implicar una inicial indeterminación de su precio, quedó acompañada del mecanismo para determinarlo en definitiva, tan pronto como a los adquirentes les fuera entregada materialmente la finca y así pudieran consecuentemente proceder a su mensura como factor de determinación exacta de su precio”.

Y agrega:

“Además, como la solución legal cuando se trata de permuta por cabida y no es divisible lo que se intercambia, aun cuando en el presente caso si lo es ya que en dinero se recibió una suma cercana a \$1.200.000.00 pesos, si la cabida de una de las cosas inmuebles que se entrega es menor de la estipulada, deben, por tanto, entrar en juego por sana analogía, las reglas de saneamiento que defienden al comprador contra el faltante de lo que se le ha prometido entregar, para lo cual tendrá derecho a solicitar una rebaja del precio, rebaja, y con más propiedad la acción redhibitoria por vicios ocultos en materia de bienes raíces, que prescribe un (1) año según el artículo 1923 del Código Civil”.

#### CONSIDERACIONES

1. La sentencia del Tribunal confirmó la que fue objeto del recurso de apelación, o sea la que pronunció con fecha 26 de julio de 1985 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, por la cual se condenó a la parte demandada al pago de \$6.431.000.00 pesos a los demandantes; según la cuota que cada uno de éstos posee en los predios que fueron materia de las negociaciones.

2. El *ad quem*, luego de referirse a la prescripción que alegaron los demandados y a la imposibilidad de aplicar, en su sentir el artículo 1888 del C.C., así como las demás normas de la compraventa relativas al precio del contrato de cambio o de permuta, sostiene que el único y real fundamento de la pretensión incoada lo constituye la cláusula undécima del negocio que consta en la escritura 715 del 16 de noviembre de 1977, de la Notaría Cuarta del Circulo de Pereira.

3. En dicha cláusula, Germán Mejía, en su propio nombre y en el de la sociedad que representa se obliga a pagar, después de manifestar que garantiza que la extensión de lo negociado tiene una cabida de 512 hectáreas, la suma de \$93.300.00 por hectárea “como sanción por el faltante” (subraya la Sala); es decir, se estipula el pago de una cierta suma de dinero como pena, de no coincidir la cabida real con la convenida.

4. Al decir del sentenciador, la referida estipulación constituye una disposición contractual válidamente celebrada, que no atenta contra el orden público y las buenas costumbres.

5. El cargo segundo, como pudo apreciarse cuando se hizo el resumen del mismo, se encamina a demostrar que al contrato de permuta le son aplicables las normas de la compraventa relativas al precio; que por lo tanto, debieron aplicarse las concernientes a la venta por cabida y en especial la que contiene el artículo 1890 del C.C., que señala un término de prescripción de un año a partir de la entrega del bien para instaurar la acción prevista en el artículo 1888, cuando la cabida real fuese mayor o menor que la declarada.

6. La tercera censura, que también monta su ataque por la vía directa al igual que el cargo inmediatamente anterior, con el mismo razonamiento procura demostrar, además, que si por no ser divisibles las cosas objeto del cambio, lo que no sucede en el *sub lite*, se dificulta aplicar a la permuta las reglas de la compraventa por cabida, corresponde aplicar entonces las de saneamiento por vicios redhibitorios, en especial la que permite el ejercicio de la acción tendiente a lograr la rebaja del precio, cuya prescripción se produce en 18 meses para los bienes raíces conforme con el artículo 1926 del C.C., la cual sobrevive aunque prescriba la acción redhibitoria.

7. En el cuarto ataque, en el que se alega que se violó el derecho por la comisión de yerros fácticos en la apreciación de las pruebas, se pretende demostrar, por una parte, que en la condena impuesta por el Tribunal se involucran a la vez una pena y una indemnización de perjuicios, lo que viola la previsión del artículo 1600 del C.C.; y por la otra, que el pacto de obligación con cláusula penal a que se refiere la cláusula undécima de las negociaciones que constan en la varias veces mencionada escritura 715, rebasa el límite fijado por la ley (artículo 1601 C.C.), pese a lo cual el Tribunal lo tuvo por lícito, por cuanto el valor del precio faltante, o sea el de 443 hectáreas con 718 metros cuadrados, era de \$700.764.00, si se tiene en cuenta que el precio total fue de \$5.200.000.00, y la pena no puede exceder de otro tanto del equivalente de la prestación principal.

8. En el quinto y último cargo, en el que se endilga violación indirecta de la ley sustancial, se vuelve a los razonamientos expuestos en los ataques segundo y tercero, o sea que en la permuta sí hay precio y por esta razón le resultan aplicables las reglas de la compraventa relativas a tal aspecto, como las de la venta por cabida y las concernientes al saneamiento por vicios redhibitorios; que, así las cosas, la acción para pedir rebaja del precio (1925 C.C.) prescribe en 18 meses si se trata de inmuebles (1926 ib.) y la contemplada en el artículo 1888 ib., en un año a partir de la entrega del bien. (Artículo 1890 ib.).

9. La argumentación del *ad quem* ostenta dos soportes jurídicos fundamentales: El primero, consistente en que a la permuta, por no tener precio, no le son aplicables las reglas que se refieren a éste y que conciernen a la compraventa. El segundo, de carácter general, que al decir del sentenciador abarca la cuestión materia del litigio en su totalidad, es decir, soluciona el problema surgido respecto de la transferencia hecha a unos demandantes a título de venta y la efectuada a otros a título de permuta, consistente en que la demanda introductoria del proceso se apoya exclusivamente en

la cláusula undécima de la escritura 715 del 16 de noviembre de 1977; cláusula que, como se precisó antes, contiene la estipulación según la cual si la cabida real fuese mayor o menor que la declarada, se pagarían \$93.300.00 por cada hectárea faltante o sobrante a manera de sanción.

10. Si, pues, en la referida cláusula undécima se estipuló una sanción o pena si se entregaba menos de la cabida convenida, y si además, al decir del *ad quem*, “el único y real fundamento de la pretensión incoada lo constituye la cláusula once tan mencionada y por lo mismo, ya suficientemente conocida”, resulta forzoso afirmar que el casacionista debió señalar en su acusación contra la sentencia condenatoria, la norma legal que faculta para el cobro de la pena, como lo es el artículo 1594 del C.C., ya que la situación resuelta por el Tribunal depende también de esta norma. Sin embargo, en ninguno de los cargos se alude a ella y en el cuarto ataque sólo se mencionan, respecto de la cláusula penal, el artículo 1592, que da el concepto legal de este fenómeno, el 1600 que prohíbe pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios y el 1601 que faculta para pedir la rebaja de la cláusula penal enorme.

Ha enseñado la Corte que “cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma, sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa”.

“Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Conclusión natural y potísima del precepto que, al hablar de violación de la ley sustantiva o sustancial, como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto de quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en unas hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma indispensablemente de varios. Y es precisamente, tratándose de este último evento, como se predica la necesidad de que, en el recurso extraordinario, la impugnación se haga sobre la base de la llamada proposición jurídica completa, presupuesto que se echa de menos en el presente caso”. (Cas. Civ. nov. 16 de 1967).

11. El *ad quem* hizo en las consideraciones de su sentencia la siguiente aseveración:

“La diferencia entre la compraventa y la permuta radica en el precio, entendido éste como la contraprestación en dinero por el objeto que se da. Ese precio es característico y consustancial a la compraventa, mientras que en la permuta encuéntrase ausente, sencillamente no existe. De modo que, por lógica, las normas de la compraventa relativas al precio resultan extrañas al contrato de cambio y, por eso mismo, en términos generales éste tampoco puede ser campo propicio para ellas, por razones obvias”.

Dado que tal apreciación en los cargos segundo y tercero de la demanda de casación, es atacada con fundamento en la causal primera y por la vía directa, es preciso hacer la correspondiente rectificación doctrinaria, tomando como base lo que de vieja data tiene dicho esta Corporación.

*La Corte, en sentencia del 21 de septiembre de 1954, hizo las siguientes apreciaciones que dan claridad sobre el particular:*

*“...la venta no es sino una derivación de la permuta ya que, como es bien sabido, en la historia de las sociedades este contrato precede a aquel que sólo surge con la creación del signo monetario. Por esto se ha dicho y repetido, con razón, que en realidad la venta es un perfeccionamiento de la permuta o una simple variedad de ésta.*

*“Ciertamente es que en el contrato de venta se distinguen nítidamente el vendedor y el comprador, la cosa vendida y el precio que por ella se paga, al paso que en el contrato de permuta cada uno de los contratantes es, a la vez, vendedor y comprador y cada una de las cosas que se cambian es, a la vez, cosa y precio; así lo expresa el artículo 1958 del Código Civil: ‘cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio’. Pero cierto es también que, no obstante la diferencia anotada, existe entre tales contratos una profunda semejanza por lo que hace a los efectos que producen y a las obligaciones que de ellos nacen. Esto último explica por qué en el Código Civil, obra que contiene una extensa reglamentación sobre el contrato de venta, sólo se encuentran cuatro textos relacionados con el contrato de permuta, el último de los cuales ordena: ‘Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato’. Acertado método legislativo éste, como quiera que una reglamentación detallada del contrato de permuta sólo hubiera constituido una inútil repetición de casi todas las disposiciones referentes al contrato de venta.*

*“Debe observarse, además, que en el contrato de permuta hay precio, lo mismo que en el de venta. No hay, por este aspecto, diferencia sustancial entre los mencionados contratos. En el de venta ‘el dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio’ (artículo 1849 del Código Civil); en el contrato de permuta ‘cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio’ (artículo 1958 ibidem), siendo de advertir que en la compraventa no es esencial que el precio se pague, en su totalidad, en dinero, como no lo es en la permuta que el precio consista, íntegramente, en otra cosa. En ambos contratos el precio puede consistir parte en dinero y parte en otra cosa, siendo por este aspecto tan semejantes las situaciones que pueden presentarse, que el propio legislador considera necesario precisar cuándo hay venta y cuándo permuta, así: ‘Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero y venta, en el caso contrario’”. (G.J. LXXVII, págs. 638-639).*

*Despréndese de lo anterior que a la permuta sí le son aplicables las reglas de la compraventa concernientes al precio.*

12. Pero en relación con el cuarto cargo, en el cual el casacionista se duele de que el sentenciador le dio validez al pacto de obligación con cláusula penal a que se refiere la cláusula undécima de la escritura 715, no obstante que adolece de ilicitud por rebasar el límite contemplado por el artículo 1601 del C.C., es preciso observar que sobre este particular el casacionista omitió citar los artículos 1741 del C.C. y 2º de la Ley 50 de 1936, normas éstas que señalan la consecuencia de la ilicitud del

objeto sobre el que recaen actos o declaraciones de voluntad, cual es la nulidad absoluta.

Por consiguiente, de acuerdo con lo que se acaba de exponer, apréciase también que las normas invocadas en el cuarto cargo no son suficientes en su plenitud para integrar completamente la proposición jurídica.

13. No sobra anotar respecto de la invalidez que alega el recurrente, del pacto de obligación con cláusula penal contenido en la cláusula undécima de la escritura 715, que éste, en sí mismo considerado, no se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico; por lo contrario, la ley permite que los particulares lo acuerden, sólo que, así mismo, los faculta para pedir su rebaja, si se acordó el pago de una suma determinada, en lo que exceda al duplo de la cantidad que debe pagarse con motivo del pacto principal (artículo 1601). No se aprecia, por consiguiente, el objeto ilícito a que alude el censor, ni mucho menos la invalidez del acuerdo; la parte de la relación jurídica que se sienta afectada por el monto excesivo de la pena, puede, con fundamento en el citado artículo 1601 del C.C., pedir su disminución en la proporción que esta regla prevé.

#### RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, No CASA la sentencia de 7 de abril de 1986, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Las costas del recurso 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 Martín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## LEGITIMACION EN LA CAUSA

**Es cuestión propia del derecho sustancial, por lo cual su ausencia no impide dictar sentencia de fondo.**

## LESION ENORME

**La acción rescisoria por lesión enorme es acción personal no real. Está estructurada dentro del criterio objetivo y no del subjetivo.**

—  
*Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., trece (13) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de julio de 1986, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en el proceso ordinario adelantado por María Orozco de Castaño contra Pedro Antonio Marín Zapata.

## ANTECEDENTES

1) Por demanda presentada el 2 de septiembre de 1985 ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, adicionada el 5 de septiembre del mismo año, solicitó la mencionada demandante que con citación del referido demandado, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que se declare rescindido el contrato de compraventa celebrado entre los litigantes, contenido en la escritura pública número 920, de 1° de diciembre de 1984 de la Notaría Segunda del Circulo de Calarcá, por causa de lesión enorme;

b) Que como consecuencia, se declare que el comprador demandado debe "reajustar el precio de la venta del inmueble 'El Bayano'" o, restituir el inmueble si consiente en la rescisión;

c) Que se ordenen las restituciones mutuas que las partes deban hacerse como consecuencia del decreto de rescisión y, así mismo, se disponga las cancelaciones

pertinentes en la Notaría Segunda del Circulo de Calarcá y en la Oficina de Registro de Armenia;

d) Que se condene al demandado a las costas del proceso.

II) La demandante apoyó sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) Por escritura pública número 920, de 1° de diciembre de 1984 de la Notaría Segunda del Circulo de Calarcá, debidamente registrada, la demandante vendió al demandado “el derecho de dominio y la posesión material sobre el bien raíz” descrito en el hecho primero de la demanda;

b) Lo adquirió la demandante “por escritura pública número 2448 de 4 de diciembre de 1965 de la Notaría Segunda del Circulo de Armenia y que está debidamente registrada, predio que Germán de Jesús Toro Torres en servicio de confianza a mi mandante, transfirió a Pedro Antonio Marín Zapata por la escritura que consigna esta venta y que recibió de Isabel Orozco López por escritura pública número 915 de noviembre 29 de 1984, de la Notaría Segunda de Calarcá”;

c) “La venta del inmueble ‘El Bayano’ objeto de este libelo, se hizo a través de dos testaferros a saber: Isabel Orozco López quien recibió el inmueble en comento del otro testaferro de María Orozco de Castaño por escritura número 819 de 22 de octubre de 1984, de la Notaría Segunda de Calarcá y quien por escritura pública número 915 de 29 de noviembre de 1984, lo transfirió a Germán de Jesús Toro Torres y éste prestando un servicio similar a la anterior, otorgó por orden de mi mandante la escritura a Pedro Antonio Marín Zapata, escrituras con diferencia de dos días porque, así lo exigió el comprador, lo mismo que su otorgamiento en Calarcá, para sustraer de la ciudad de Armenia el conocimiento de esta operación”;

d) “Pedro Antonio Marín Zapata únicamente pagó por el predio ‘El Bayano’ a mi mandante y como precio real de su venta, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000.00), ya que el precio de diez millones de pesos que reza la escritura pública número 920 de 1° de diciembre de 1984 que consigna la compraventa del bien, fue y es ficticia, y para poder justificar este precio con relación a los precios de venta de las anteriores transferencias hechas a los testaferros ya mentados, como el justo precio del inmueble comercialmente, en el futuro, fue por lo que exigió las dos escrituras para legalizarle su venta”;

e) “El precio real de tres millones de pesos (\$3.000.000.00) que Pedro Antonio Marín Zapata pagó a mi mandante por la venta del predio ‘El Bayano’, representa un valor inferior a la mitad del justo precio del inmueble al momento de la venta y, por ello, esta negociación, consumó la lesión enorme contra los intereses de mi mandante, que impone la rescisión del contrato de venta que mi mandante le hizo a Pedro Antonio Marín Zapata de su predio denominado ‘El Bayano’ ”;

f) “Como sobre el inmueble ‘El Bayano’ pesaba el crédito hipotecario abierto hasta por seis millones de pesos (\$6.000.000.00) del cual sólo utilizó mi mandante cuatro millones de pesos, que también pagó en su totalidad a Pedro Antonio Marín Zapata, quien se hizo propietario de dicho crédito y no obstante tenerlo cancelado, se negó a otorgarle la escritura mediante la cual así lo dejaba cancelado y, amenazando

a mi mandante con el remate del predio 'El Bayano' consiguió que esta presión moral, se convirtiera, como la causa de la venta del bien en su favor";

g) El crédito hipotecario descrito en el hecho anterior lo canceló la demandante y su esposo Luis Fernando Castaño Quintero a Pedro Antonio Marín Zapata, con las diferentes entregas de dinero de que da cuenta el hecho 6° de la demanda;

h) A raíz del pago hecho por la demandante al demandado, de que da cuenta el hecho 6° de la demanda, ha debido éste cancelar la hipoteca que pesaba sobre el inmueble y no exigirle la transferencia del bien, sino "reembolsarle la suma de \$3.340.000.00, sobre la cantidad de \$6.820.000.00 que le pagó por intereses, que liquidados al tres por ciento (3%) mensual en 29 meses que usó del crédito de los \$4.000.000.00, sólo avanzan el valor de \$3.480.000.00, interés para esa época autorizado por la ley";

i) Tan cierto es que el demandado sólo le canceló a la demandante la suma de \$3.000.000.00 como precio real de la venta "que le exigió del inmueble 'El Bayano', que siendo su obligación, reembolsarle a mi mandante la suma de \$3.340.000.00 como exceso del interés de usura que cobró a María Orozco de Castaño, éste le precipitó el otorgamiento de la escritura de venta en su favor, dejando de pagar los siete millones de pesos de que habla la escritura No. 920 de diciembre 1° de 1984 de la Notaría Segunda de Calarcá, que consigna el contrato, con relación al precio que dicha escritura reza, como resulta de los testimonios suscritos y autenticados por los señores Isabel Orozco López y Germán de Jesús Torres";

j) Los intereses pagados por la demandante al demandado sobre el crédito hipotecario, son usuarios y del monto del seis por ciento (6%) mensual;

k) La venta que tuvo que hacerle la demandante al demandado "fue obligada, pues, la amenaza permanente de rematárselo, vició el consentimiento de mi mandante que no fue libre, voluntario ni espontáneo, sino la consecuencia de la presión moral ejercida por Marín Zapata en mi mandante, quien de mala fe, la sometió a su voracidad";

l) Con la promesa de venta "que Pedro Antonio Marín Zapata consignó en favor de mi mandante señora María Orozco de Castaño en documento privado y suscrito por éste con fecha 29 de noviembre de 1984, en que le permite la opción de volver a recuperar el inmueble 'El Bayano' si en el término de un mes, o sea, al día 30 de enero de 1985, ésta le cancela por el predio la suma de once millones quinientos mil pesos (\$11.500.000.00), opción extensiva a su esposo Luis Fernando Castaño Quintero, confirmó el comprador del inmueble 'El Bayano' Pedro Antonio Marín Zapata, que no pagó por el predio adquirido... el valor de diez millones (\$10.000.000.00)...";

m) "La opción contenida por el documento privado de fecha 29 de noviembre de 1984 y suscrito por Pedro Antonio Marín Zapata en favor de mi mandante, fue el medio subrepticio usado por Pedro Antonio Marín Zapata, para ilusionar a mi mandante, como se duele que en el futuro y a la fecha determinada por el contrato, ella podría volver a adquirir el predio 'El Bayano'".

III) Con oposición del demandado, la primera instancia terminó con sentencia de 29 de abril de 1986, la que resultó ser desfavorable a la parte demandante, por lo que ésta interpuso el recurso de apelación contra tal decisión, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 26 de julio del mismo año, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Referidos los antecedentes del litigio y dando por cumplidos los presupuestos procesales, sienta en seguida el Tribunal estas apreciaciones:

a) Según los artículos 1947, 1948 y 1951 del C.C., la acción de rescisión por lesión enorme es personal y, por

.....

d) Que así las cosas y, por demás, dado que se afirma en la demanda que los diversos vendedores y compradores actuaron como simples testaferros de la actora, se tiene que el rigor jurídico "no puede hablarse entonces de lesión enorme sufrida en dichas negociaciones, por cuanto ésta según criterio de la Corte, presupone la existencia de una compraventa real y eficaz, descartando la aparente y nula";

e) Que como en el presente caso, quien demanda la rescisión por lesión enorme, no figura en el contrato que pretende rescindir como vendedora, y además dicha compraventa según se asevera en el libelo es aparente o simulada, "hemos de concluir no sólo en que la señora María Orozco de Castaño carece de legitimación en la causa para pedir la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa en que ella no participó, sino además que, teniendo en cuenta la simulación en que se incurrió en dicha negociación según su propia afirmación", tampoco es procedente respecto a ella, pedir la declaratoria de rescisión.

#### EL RECURSO DE CASACIÓN

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que serán estudiados en el orden propuesto.

##### *Cargo primero.*

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 1946, 1947, 1948 y 1951 del C.C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

La recurrente desarrolla el cargo sobre los asertos siguientes:

1º Que el Tribunal tuvo en cuenta las escrituras públicas números 1837 de 5 de agosto de 1982, 819 de 22 de octubre de 1984, 915 de 29 de noviembre de 1984 y 920 de 1º de diciembre de 1984, de la Notaría Segunda del Circulo de Calarcá.

2º Empero, el Tribunal no tuvo en cuenta todos los demás medios probatorios que obran en el proceso, concretamente los siguientes: a) certificado de matrícula inmobiliaria del predio "El Bayano"; b) escritura No. 2448, de 4 de diciembre de 1975; c) documento privado suscrito entre Francisco Javier Gutiérrez y María Orozco de Castaño, mediante el cual expresan la venta que le hizo la última al primero, es simulada; d) documento privado suscrito por Isabel Orozco de López, mediante el cual ésta declara que la venta hecha por Francisco Javier Gutiérrez por escritura No. 819, es simulada; e) documento privado suscrito por Germán de J. Toro Torres, por el cual éste igualmente declara que la escritura de venta que le hizo a Pedro Marín Zapata, es simulada; f) los testimonios rendidos por Eduardo Aristizábal Parra sobre la calidad de prestamista de Pedro Antonio Marín Zapata; César Augusto Toro, sobre lo mismo y sobre el apremio en que Marín Zapata puso a María Orozco para obligarla a venderle, simuladamente por conducto de Toro Torres; Héctor Erasmo Pérez Villada, sobre lo mismo que el anterior; Isabel Orozco López sobre la venta simulada que a ella le hicieron; g) declaración de parte de Pedro Antonio Marín, sobre la promesa de venta del predio "El Bayano" suscrita entre los litigantes y, además, el cónyuge de la demandante; h) el documento contentivo de la promesa antes referida; y los títulos valores y las facturas del "Almacén Gloria" de Pedro Antonio Marín Z.; i) la diligencia de inspección judicial y el dictamen pericial.

3º Que con los elementos de convicción antes reseñados, que el Tribunal preterió, se acredita que la parte demandante sí se encuentra legitimada para pedir la rescisión por lesión enorme, por lo que el Tribunal, al no tener en cuenta las pruebas, cometió el yerro fáctico que se le achaca, infringiendo por inaplicación los artículos 1946, 1947, 1948 y 1951 del C.C. Más adelante la recurrente, situándose en el tema de la legitimación en la causa añade que el Tribunal desahortó en la conclusión del fallo, no sólo por haber omitido un gran número de pruebas, sino porque una cosa es el contrato de compraventa del inmueble afectado de lesión enorme y otra cosa es la legitimación en la causa, puesto que ésta no depende necesariamente de aquella, que fue lo que entendió el Tribunal, porque éste se basó, fundamentalmente, en la escritura pública número 920.

4º Por otra parte, como lo enseña la doctrina de los procesalistas que cita y transcribe la recurrente, si en el proceso se encuentra ausente la legitimación de la causa al momento de decidir la litis, el fallo con que se ultime la instancia no puede ser de mérito sino inhibitorio.

#### SE CONSIDERA

1. Del resumen que se hizo del fallo del Tribunal, fácilmente puede observarse que el *ad quem*, para decidir como lo hizo, se apoyó en varios fundamentos, esencialmente en la calificación de personal de la acción rescisoria y, por ende, en la falta de legitimación en la causa activa.

Además, en que la acción rescisoria procede pero en frente de contratos de compraventa ciertos y no fingidos y, como según los hechos de la demanda los diferentes negocios resultan ser simulados, no procede la acción rescisoria.

2. Ha sostenido insistentemente la doctrina de la Corte que cuando el recurrente impugna la sentencia con fundamento en la causal primera de casación y el fallo se apoya en varios pilares, es menester que se los ataque y destruya todos para poder infirmarla; si la impugnación no comprende la totalidad de los soportes que le sirven de fundamento a la sentencia, o si aún atacándolos queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldarla, la sentencia no puede ser quebrada, porque incuestionablemente el cargo resulta incompleto o trunco.

3. En este orden de ideas cabe reiterar lo que ha sostenido la Corporación en el punto: "Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, aún en el supuesto de que resulten destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada, ésta no puede ser quebrada" (Cas. Civ. agosto 6 de 1958, LXXXVIII, 2199, 596, Cas. enero 24 de 1962, XCVIII, 2251, 10, 29 de enero de 1966, Tomo CXV, págs. 59 y 60, y 4 de octubre de 1973).

4. Ahora bien, por el carácter extraordinario y dispositivo del recurso y, además, por la autonomía y la individualidad propia de los cargos que obliga a considerar los varios presupuestos como independientes unos de otros, no puede la Corte suplir las deficiencias en su formulación, ni completar unos con otros, pues la exigente disciplina técnica del recurso de casación no le da al juzgador sino para moverse y decidir sobre los precisos puntos que le señale la censura. Por amplitud, no podría la Corte en dar por atacado o impugnado del fallo del *ad quem* un soporte o motivo jurídico que ciertamente no resultó combatido.

5. Acontece que en el cargo que se examina la recurrente concretó la acusación a uno de los soportes del fallo, dejando por fuera los restantes, lo cual pone de manifiesto, según lo antes expresado, una grave falla técnica, que se traduce en el rechazo del cargo por incompleto.

6. Fuera de que el cargo no prospera, conviene hacer las precisiones siguientes:

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

b) *Precisamente, en el punto tiene sentado la Corporación que, "en efecto, la legitimación en causa no es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción. En otros términos se dice que sólo está legitimado en la causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa. No alude pues el fenómeno a la formación del proceso sino a los sujetos de la relación jurídico-material que en él se controvierte; como no atañe a la*

*forma sino al fondo no admite despacho preliminar sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia. Dada su naturaleza la ilegitimación en la causa, ya sea por su aspecto activo o pasivo, o por ambos a la vez, no puede conducir a un fallo inhibitorio sino a una sentencia de fondo, desestimatoria de las pretensiones del demandante, con efectos de cosa juzgada material y no meramente formal, desde luego que en ella se resuelve la improcedencia de la acción instaurada ante la ausencia de los verdaderos sujetos que complementan su configuración” (Cas. Civ. de 22 de febrero de 1971, Tomo CXXXVIII, pág. 131, 1a. y 2a.).*

c) *Según el criterio doctrinal precedente, cuando en el litigio el demandante o el demandado no están legitimados, por cuanto aquél no es el titular del derecho que reclama y éste no es el obligado a responder a la pretensión, el fallo en esas condiciones tiene que ser de fondo y no inhibitorio. De suerte que no le asiste en el punto razón a la recurrente.*

d) *Cuando la Corte ha abordado el tema de la naturaleza jurídica de la acción rescisoria por lesión enorme, la ha calificado de personal, pues en el punto ha sentado las apreciaciones siguientes: “Ni la acción de nulidad, ni la rescisoria por lesión enorme, son acciones reales, sino personales, ya que no responden al hecho de ser el actor titular de derecho real sobre la cosa” (Cas. Civ. de 30 de agosto de 1955, LXXXI, 79).*

e) *De los textos civiles que regulan la lesión enorme, se desprende que ésta está estructurada dentro del criterio objetivo y no del subjetivo. En efecto, la Corporación al referirse a la rescisión por laesio ultra dimidium expuso con claridad y precisión que del artículo 1947 “se desprende que la lesión enorme está estructurada en nuestro régimen civil sobre un factor puramente objetivo (el justo precio), con toda independencia del móvil subjetivo y de la manera cómo éste haya influido en el consentimiento. El que acepta v.gr. vender una cosa por precio inferior a la mitad o comprarlo por precio superior al doble del que se considera justo, no hace proceso volitivo vicioso, o si lo hace no lo invoca como causa cuando pide al Juez que el contrato se rescinda por lesión. Su aceptación en estas circunstancias no implica de por sí una falsa noción del valor real de la cosa, ni una fuerza física o moral que lo haya constreñido, ni un engaño del otro contratante, que fueran suficientes para inclinar su voluntad. Simplemente, el contrato es lesivo para él, por contener una desproporción entre el valor de las prestaciones recíprocas que alcanza la cuantía determinada por la ley; y por ello es rescindible” (Cas. Civ. de 23 de febrero de 1981).*

Se rechaza el cargo.

#### *Cargo segundo.*

Por éste, acusa la sentencia del Tribunal de quebranto directo del artículo 1947 del C.C., por interpretación errónea.

El cargo lo desarrolla en los términos siguientes:

a) *“Esta disposición legal, que es de carácter sustancial, fue violada directamente por el honorable Tribunal Superior de Armenia, en la sentencia que se acusa, por cuanto, de lo que se establece en la parte motiva de tal providencia, el ad quem*

predicó ausencia de legitimación en la causa, en cabeza de la demandante, según su interpretación y su criterio, por el hecho de no figurar como vendedora, la misma señora, en la escritura pública número 920 de 1º de diciembre de 1984, de la Notaría Segunda de Calarcá, por la que se le vendió al señor Pedro Antonio Marín Zapata, el inmueble denominado 'El Bayano', materia del pleito sobre lesión enorme".

b) "Si bien es cierto que la norma sustancial últimamente citada menciona la palabra vendedor, no menos cierto es que la misma norma lo hace para establecer la cuantificación de la lesión para cada uno de los extremos de la relación contractual (venta), pero jamás puede establecerse, con base en el artículo 1947 del Código Civil, que en él se exige que la legitimación en la causa del vendedor que instaura la acción por lesión enorme, tiene que probarse de la misma manera de la del contrato cuya rescisión se pide, pues interpretación en ese sentido es errada y ajurídica, ya que se estaría exigiendo tarifa legal para demostrar ese hecho y bien sabido es que tal exigencia sólo puede hacerla una norma expresa que así lo diga. ¿En qué norma, sea sustantiva-probatoria, sea estrictamente probada, se ordena al Juez que la legitimación en la causa tiene prueba *ad substantiam actus*? ¿En qué norma se ordena que la legitimación en la causa de quien instaura la acción de rescisión de venta por lesión enorme, tiene que probarse solamente por medio de la escritura pública de venta del inmueble cuya rescisión se pide?"

"Parece que la respuesta a esta última pregunta se ha venido dando, casi siempre, con el artículo 1857 del Código Civil que exige la escritura pública como elemento esencial de la venta de bien raíz, olvidando que tal dispositivo legal es una norma imperativa sólo para el perfeccionamiento de la venta de inmuebles, servidumbres y sucesiones hereditarias, pero, se repite, sólo para esos tres eventos, con lo cual se demuestra que es improcedente aplicarlo a la probanza de la cualidad procesal-sustantiva denominada legitimación en la causa".

c) Reitera que el *ad quem* erró en la interpretación del artículo 1947 del C.C. cuando debió dar por probada la legitimación en la causa de la demandante "con trece pruebas que obran en el proceso".

d) Insiste, finalmente, en que la falta de legitimación en la causa conduce es a fallo inhibitorio.

#### SE CONSIDERA

1. Si se impugna la sentencia del *ad quem* por la causal primera de casación, corre de cargo del recurrente elegir adecuadamente el sentido de la violación de la ley sustancial, o sea, de haber elegido la vía directa, indicar entonces si la fue por interpretación errónea, ora por aplicación indebida, ya por inaplicación.

2. En sentencia de 22 de septiembre de 1972, reiterada en fallo de 16 de agosto de 1973, dijo la Corte: "Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole el sentido o alcance que no le corresponde".

3. Si, como aquí aconteció, el Tribunal no decretó la rescisión por lesión enorme, fácil es concluir que no aplicó el artículo 1947 del Código Civil; y, si no lo aplicó, mal pudo quebrantarlo por interpretación errónea.

4. A pesar de la falla técnica precedente, que por sí sola sería suficiente para rechazarlo, también presenta otras que conducirían a su improsperidad, bastándole a la Corte destacar que formulada la acusación por la vía directa, la desarrolla por la vía indirecta, al dolerse de las conclusiones que sacó el *ad quem* en el examen de las pruebas. Tampoco integró la proposición jurídica con todas las normas que tienen que ver con la situación controvertida.

Se rechaza, pues, el cargo.

#### RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 26 de julio de 1986, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

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, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## CASACION

**Violación ley sustancial. Vía directa e indirecta.** Son caminos diversos de infringir la norma sustancial. Como las vías son opuestas los cargos que se formulen sin independizarlos y separarlos, sino expuestos en forma unida por ambas vías, resultan contradictorios y por contera faltos de técnica.

## CASACION

**Reconstrucción expediente destruido.** Para efectos del estudio de un cargo por violación indirecta de la ley sustancial, es menester que las pruebas aportadas dentro de la reconstrucción del expediente, sean del mismo contenido, o sea reproducción fiel de aquéllas que obraron en el expediente original. De no ser así, se hace imposible el estudio del cargo.

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., catorce (14) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1º de marzo de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario de pertenencia promovido por la Parroquia de Muzo contra Personas indeterminadas.

Por haberse destruido el expediente y solicitado por parte interesada su reconstrucción, se decretó ésta, mediante providencia de 10 de febrero de 1987.

## EL LITIGIO

Maximiliano Cortés, cura párroco de Muzo, demandó a través de procurador judicial y por los trámites del proceso ordinario de pertenencia a “quien aparezca titular según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados y contra (sic) todos los presuntos interesados”, para que mediante sentencia se decretara que “La Parroquia de Muzo ha adquirido por prescripción extraordinaria de dominio el inmueble urbano que se determina en la petición primera de la demanda”.

Igualmente que se ordenara el registro de la sentencia y la protocolización del proceso (sic) en una notaría, así como la condena en costas a los demandados, en caso de oposición.

Los supuestos fácticos base de las peticiones fueron: 1) Que la Parroquia, a través de sus párrocos ha tenido la posesión real y material del inmueble mencionado, desde fecha inmemorial, sin reconocer a otro dueño. 2) Que los párrocos han ejecutado actos positivos de dominio, como construcción de mausoleos o bóvedas para inhumar cadáveres de los fieles difuntos, cercas, planificación y ornamentación de dicho lugar sagrado y, 3) Que la posesión ha sido quieta, pacífica, pública e ininterrumpida.

Como la demanda se dirigiera contra Personas Indeterminadas, a éstas se les designó curador *ad litem*, con quien se surtió el traslado de la demanda.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, a quien por reparto correspondió conocer del proceso, mediante sentencia de 24 de octubre de 1984, acogió las pretensiones y en consecuencia, declaró que pertenece en dominio pleno y absoluto a la parroquia de Muzo, el inmueble mencionado y determinado, por haberlo ganado por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; ordenó la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro Inmobiliario de Chiquinquirá y dispuso la consulta de la sentencia, en caso de que no fuera apelada. Por esta razón, subió el proceso a conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, quien mediante fallo del 1º de marzo de 1985, revocó la sentencia del *a quo* y en su lugar declaró que la justicia civil se halla inhibida para proferir fallo de mérito por falta del presupuesto procesal demanda en forma.

#### FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL AD QUEM

Luego de transcribir las peticiones y hechos de la demanda, relatar sucintamente el trámite que se le dió al proceso hasta el fallo de primera instancia y anotar que no hay motivo de nulidad que invalide el proceso, dice que en el caso bajo estudio no existe el presupuesto procesal demanda en forma, en razón de que el anexo que debe acompañarse a la demanda, exigido por el numeral 5º del artículo 413 del C. de P. C., o sea el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, no reúne las exigencias de la norma citada, la cual exige que a la demanda se allegara el certificado nombrado en el cual "deben figurar las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal". Agrega, que el certificado que se llevó, no reúne estas exigencias, ya que el Registrador se limita a decir: "Es difícil establecer quién o quiénes o nadie, aparezca como propietario del predio, por carecer la oficina de libros de adquirentes, que existe solamente de otorgantes y se desconocen por completo los títulos de propiedad". Esta certificación en el fondo nada está diciendo anota el *ad quem*, en tales circunstancias, no es posible dar por satisfecho el requisito que exige el artículo 413-5. Que en las anteriores condiciones, "el *a quo* no ha debido 'aceptar' la demanda, pero como la 'aceptó' mal, ha debido declararse inhibida para fallar el mérito, por falta del presupuesto procesal demanda en forma".

#### LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

Del extenso escrito presentado como demanda de casación, da la impresión que fueron varios los cargos que se hacen a la sentencia del Tribunal pero, la acusa bajo

un título que denomina el censor “Cargos contra la sentencia recurrida”, seguido de otro que dice “Primer Cargo”. Empero, después de la lectura total del escrito en el cual se transcriben un gran número de artículos, se llega a la conclusión que es sólo un cargo el que se formula a la sentencia, el cual ubica el casacionista dentro de la causal primera, segunda parte del artículo 368 numeral 1º del C. P. C., por ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Para fundamentar la acusación inicia el recurrente diciendo que “El Tribunal de Tunja quebrantó por vía indirecta, proveniente de error de derecho en la apreciación de las pruebas los siguientes artículos del C. C. 673, 762, 763, 764, 765, 789, 2493, 2512, 2518, 2522, 2526, 2527, 2531, 2532, 2534; artículo 1º de la Ley 50 de 1936; los artículos 3º, 4º, 23, 24 y 27 de la Ley 20 de 1974; los artículos 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887; el artículo 413-1 del C. de P. C., en concordancia con el 2527 del C. C. y el artículo 37-8 del C. de P. C., en concordancia con el 48 de la Ley 153 de 1887; los artículos 54, 56, 57, 69, 70, 71 y 80 del Decreto 1250 de 1970 (modificado por la Ley 29 de 1973, artículo 20) porque omitió aplicarlos, y violó en forma directa, como violación de medio los siguientes artículos del C. de P. P.: 4º, 5º, 6º 37-8, 75, 76, 77, 85, 86, 97-5, 99, 175, 176, 177 inciso 2º, 187, 251, 252, 262-3, 264, 265, 302, 305, 306, 413-11 y 439.

Nótese, que en un solo campo acusa la sentencia de ser violatoria de normas sustanciales, por error de derecho por vía indirecta y en forma “indirecta” y en forma “directa”. Dice igualmente que hubo error de derecho en la apreciación de la prueba; en el mismo cargo y por la misma vía indirecta, agrega: el Tribunal “omitió aplicarlos” y a la vez en redacción difícil de entender, dice que el Tribunal “violó en forma directa, como violación medio”, otros artículos.

El error —continúa el censor— consistió en que “el sentenciador *ad quem* al verlo en su materialidad (se refiere al certificado expedido por el Registrador) el proceso, no lo evalúa por estimar erradamente que fue (sic) ilegalmente rituado”, porque: “La demanda presentada y admitida por el *a quo* es Demanda en forma, porque el Tribunal valoró la prueba... como si fuera un instrumento público *ad substantiam actus*... porque el Tribunal de Tunja aplicó mal la analogía... porque no interpretó rectamente el artículo 413-5 y no respetó las normas de la Superintendencia de Notariado y Registro, división legal...”.

En suma, del escrito presentado para sustentar el recurso de casación; la Corte colige que los motivos de acusación de la sentencia son básicamente: 1) Errónea apreciación de la prueba documental expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá, o sea del certificado de tradición en el cual se dijo —según lo afirma en la sentencia acusada y en la demanda de Casación—, que no contestaba quién o quiénes o nadie, aparezca como titular (propietario) del predio. 2) Falta de aplicación de algunas normas de derecho sustancial y, 3) Ausencia de valoración del mismo documento a que se refiere el numeral 1º.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero advertir, como se ha sostenido reiteradamente por doctrina y jurisprudencia, que *es de la naturaleza jurídica del recurso de Casación la indepen-*

dencia y autonomía de los cargos, lo cual se explica, entre otras razones, diciendo que cada cargo debe formularse en forma separada, en procura de lograr claridad, orden y exactitud, características básicas que requiere la casación, como recurso extraordinario que es. Además para dar cumplimiento al precepto 375 del C. de P. C., cuando dispone que la Corte estudiará en forma consecutiva los cargos formulados, cuando no prospere alguno o algunos de los estudiados, con la lógica que exige el Estatuto Procesal Civil.

Cuando la censura que se hace a la sentencia es por la causal primera como en el caso sub lite, manda el artículo 374 del C. de P. C., que deberá expresarse con claridad y precisión el cargo que se formule, las normas sustanciales que se estimen violadas y además el concepto de la violación.

Las vías directa e indirecta, como formas de violación de la ley sustancial, por la causal primera de casación, tienen su origen en causas diferentes. Por esto ha sostenido la Corte, que resulta contradictorio y por ende inadmisibles, el hecho de acusar una sentencia por quebranto directo e indirecto a la vez de la misma norma. Pues bien, sentadas las premisas anteriores y descendiendo al caso en estudio se observa que el recurrente en casación, acusó la sentencia del ad quem de haber quebrantado las normas acusadas por la vía indirecta, debido a error de derecho en la apreciación de la prueba y a la vez, en un solo cargo "en forma directa como violación medio", lo anterior, además de ser confuso, peca contra la técnica de casación, pues, no es posible acusar la sentencia, por violación directa e indirecta de la ley, en un solo cargo, como en este caso se hizo. Sobre este aspecto ha dicho la Corte: "La violación directa y la indirecta, pues que el ataque por el primer concepto se cumple por la sola aplicación o inaplicación de la regla jurídica a un supuesto fáctico en el cual están de acuerdo el impugnante y el sentenciador, y el ataque procede al margen de toda cuestión probatoria, mientras que por el segundo concepto la violación resulta de la aplicación o inaplicación del precepto a una situación de hecho que no es la configurada por los medios instructorios que obran en los autos, de suerte que la acusación, en el mismo cargo, violación por la vía directa y la indirecta, es contradictoria porque implica el inadmisibles presupuesto de que los hechos son igualmente ciertos y falsos" (Sentencia de 18 de mayo de 1968).

La violación por vía directa y la por vía indirecta, son caminos diversos de infringir la norma sustancial. Como las vías son opuestas, los cargos que se formulen sin independizarlos y separarlos, sino expuestos en forma unida, por ambas vías, resultan contradictorios y por contera faltos de técnica.

Lo anterior, desde luego, no significa que el recurrente no pueda acusar la sentencia, incluso de unas mismas normas por violación directa e indirecta, pero en todo caso los cargos deben ser autónomos, es decir, planteados en forma independiente y no como se ha hecho en el asunto bajo estudio, en uno solo.

De otra parte, al inicio de esta providencia se advirtió que el expediente fue reconstruido, en razón de haberse destruido el original en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Por mandato del artículo 133 del Código de Procedimiento Civil y del Decreto 3829 de 1985, la iniciativa de la reconstrucción corresponde al recurrente, que en este

*caso lo fue la parte actora. Como consecuencia de lo anterior, compete a la demandante procurar e impulsar la actividad en busca de allegar copia de las piezas procesales en las cuales se basó el ad quem para proferir su sentencia, con el objeto de que la Corte pueda verificar y analizar la impugnación, sobre las mismas bases que sirvieron de pilar al fallador de instancia.*

*En materia de casación, cuando la acusación se hace por vía indirecta, las pruebas que se alega por el recurrente fueron apreciadas erróneamente de hecho o de derecho, deben aparecer, o en el caso de reconstrucción corresponder con absoluta identidad y exactitud a las que sirvieron de fundamento al Tribunal para tomar la decisión impugnada. Lo anterior, en virtud de que la Corte para poder concluir si erró o no el Tribunal al proferir la sentencia, es decir, si infringió las normas que se señalan en la censura, debe comparar lo afirmado en la demanda de casación, frente a la decisión del ad quem y al material probatorio del cual se dice hubo errónea interpretación.*

*Dicho de otra manera, las pruebas aportadas durante la reconstrucción deben ser del mismo contenido, o sea reproducción fiel de aquellas que obraron en el expediente original.*

*Si no existe la total identidad entre las aportadas durante la reconstrucción y las anteriores, resulta imposible, en razón de lo riguroso y formal de la casación, entrar a analizar las impugnaciones que por vía indirecta, por errores de hecho o de derecho se hayan hecho.*

Descendiendo al caso en estudio, dice el casacionista que la sentencia acusada es violatoria de una norma de derecho sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba. El medio probatorio a que alude es un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá, que obró en el expediente original destruido en los hechos anotados, es decir, que tal documento probatorio fue expedido con mucha anticipación al 24 de octubre de 1984, fecha de la sentencia de primera instancia y obviamente de la del Tribunal, proferida el primero de marzo de 1985. En cambio, durante la etapa de la reconstrucción en esta Corporación, se aportó otro documento expedido por el Registrador el 23 de junio de 1986.

Lo anterior significa que no es el mismo medio probatorio con base en el cual se dictó la sentencia acusada el que hoy aparece en el expediente reconstruido, ni una reproducción del mismo "basado en el original que se expidió en su oportunidad y que reposa en el archivo de dicha oficina", como lo afirmó el apoderado de la parte recurrente en audiencia de 10 de septiembre de 1986. Es más, ni siquiera el contenido literal del mismo coincide con el que según se afirma en las diversas transcripciones de las providencias judiciales y de la demanda de casación, contenía el que obró en el proceso original.

Entonces, el certificado mencionado es una nueva prueba, es decir, que no hay identidad entre la que tuvo el Tribunal como base para dictar sentencia y la que se allegó durante la etapa de reconstrucción.

Así las cosas, y como la acusación a la sentencia se basó en la errónea interpretación que del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá

hizo el Tribunal, documento que se echa de menos en el proceso, el cargo fracasará, frente a la imposibilidad de estudiar el yerro en que el *ad quem* haya podido incurrir.

Finalmente, para rematar, no sobra agregar la contradicción en que incurre el casacionista cuando enjuicia la sentencia por error de derecho en la apreciación del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá que hace suponer su inconformidad exclusivamente por su desacierto en la valoración en cuanto hace a la equívocada interpretación de las normas que regulan, la admisibilidad, pertenencia y eficacia, o negarle a la prueba su valor, pero al fijar la crítica sobre el punto, habla que hubo errónea interpretación de la prueba y luego aduce que “el error consistió en que el sentenciador *ad quem* al verlo en su materialidad —se refiere al certificado del Registrador— en el proceso no lo avaluó por estimar erradamente que fue ilegalmente rituada.

Es decir, por una parte se duele el recurrente que el sentenciador de segundo grado no dio por probado un hecho a pesar de existir la prueba idónea y, por el otro, aduce que para el Tribunal fue ilegalmente rituada; lo primero caería en la esfera del error de hecho mientras que lo segundo en yerro *juris* y esto no es posible en casación por cuanto es imposible que un mismo medio probatorio se enjuicie indiscriminadamente por ambas formas de yerro. Si el recurrente se muestra inconforme con la conclusión a que llegó al no ver el Tribunal la prueba exigida en el artículo 413-5 del Código Civil, estando, el error que se vislumbra es de hecho. Pero si el Tribunal la desconoció porque a su criterio fue ilegalmente rituada es de derecho. Si se centra la acusación por error de derecho toda la crítica debe girar alrededor de la situación que genera esta modalidad de equivocación, pero no desviarse a la otra forma de yerro, como es censurar la sentencia porque existió errónea interpretación de la prueba. Esa crítica bifronte, pues, es antitécnica en tratándose del recurso de casación.

Algo más: el certificado en mención fue allegado al proceso con las formalidades legales. Así lo entendió el Tribunal, solo que no encontró que colmara la exigencia del artículo 413-5 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, no se puede descalificar una sentencia por un error que no fue cometido por el Tribunal. Tan lo vio rituado legalmente que se apartó de su estimación en cuanto le faltaba atender todos los supuestos impuestos por la citada norma.

Por lo dicho, unido a los otros reparos, el cargo está llamado al fracaso.

#### 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 1º de marzo de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso ordinario de pertenencia adelantado por La Parroquia de Muzo contra Personas Indeterminadas.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## SIMULACION

**Legitimación activa.** Como la acción de simulación es de linaje patrimonial, es transmisible y por ende, los herederos del simulante tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulados los actos celebrados por el causante, ya sean herederos forzosos, testamentarios o simplemente legales. Basta la vocación hereditaria. Lo propio sucede con la acción rescisoria por lesión enorme.

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de julio de 1986, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso ordinario adelantado por Ricardo Ovalle R. contra Eduardo De La Rosa Rizo.

### ANTECEDENTES

1) Por demanda de 20 de noviembre de 1984, solicitó el demandante Ricardo Ovalle Rizo que con audiencia de Eduardo De La Rosa Rizo, se hiciesen las declaraciones y condenas principales o subsidiarias siguientes:

### PRINCIPALES

1ª Que es absolutamente simulado el contrato de compraventa celebrado entre Santiago Rizo Lobo y Eduardo De La Rosa Rizo, contenido en la escritura pública número 340 de 7 de abril de 1983, de la Notaría Unica del Círculo de Ocaña.

2ª Que como consecuencia, se condene al demandado a restituirle a la sucesión intestada de Santiago Rizo Lobo el bien raíz de que trata el contrato simulado, junto con el valor de los frutos.

3ª Que se disponga que el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Ocaña, cancele el registro de la escritura pública número 340.

4ª Que se condene en costas al demandado.

#### SUBSIDIARIAS

1ª “Que hubo lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado entre el Dr. Santiago Rizo Lobo y el demandado Eduardo De La Rosa Rizo”, de que da cuenta la escritura pública número 340 de 7 de abril de 1983.

2ª Que se declare “que el demandado debe completarle a la sucesión de Santiago Rizo Lobo el justo precio del inmueble mencionado... con deducción de una décima parte, a menos que opte por la rescisión del contrato...”.

3ª Que si opta por la rescisión del contrato, se disponga la cancelación de la escritura y el registro de la misma.

4ª Que como consecuencia de la rescisión del contrato, se condene al demandado a restituírle a la sucesión de Santiago Rizo Lobo el bien raíz, junto con el valor de los frutos.

5ª Que se declare que el demandado “debe purgar o liberar el inmueble de las hipotecas y limitaciones al dominio que hubiere constituido sobre él... y en caso de no hacerlo deberá pagar a la sucesión de Santiago Rizo Lobo los perjuicios compensatorios y moratorios correspondientes.

6ª Que se condene al demandado al pago de las costas.

II) El demandante apoya sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) El 7 de abril de 1983, se firmó en la Notaría Unica del Círculo de Ocaña la escritura pública número 340, mediante la cual Santiago Rizo Lobo dijo transferir al demandado Eduardo De La Rosa Rizo el inmueble de que da cuenta la demanda;

b) El sedicente vendedor Rizo Lobo a la fecha de la mencionada escritura tenía más de ochenta años, “sufría de notoria debilidad mental” y era tío del demandado, quien se aprovechó de esa situación “para que le hiciera traspaso ficticio del inmueble mencionado, dizque para evitar impuestos y perjuicios en realidad inexistentes” y, además, sobre el aserto que una vez falleciera el vendedor Rizo Lobo, aquél le “pasaría a los demás herederos la parte del edificio que le correspondería”;

c) En la escritura se hizo figurar como precio del inmueble la suma de \$2.984.000.00 “y se dijo que había sido cancelado en esa fecha al Dr. Santiago Rizo Lobo por el demandado, en dinero efectivo... pero en realidad no hubo pago alguno, ni intención verdadera de transferir el dominio al comprador, por lo cual el contrato de compraventa fue totalmente simulado”;

d) Que después de otorgada la escritura número 340, el supuesto vendedor Rizo Lobo continuó comportándose como dueño del inmueble y, por ende, recibiendo el valor de los arrendamientos hasta el 15 de agosto de 1984, fecha en que falleció;

e) Que a partir de la fecha del contrato simulado y hasta que acació la muerte del vendedor Rizo Lobo, éste le manifestó a terceros que el contrato de compraventa contenido en la escritura número 340 era simulado;

f) Que el demandado carecía de capacidad económica para pagar el precio que se hizo figurar en la escritura de compraventa;

g) Que Santiago Rizo Lobo, supuesto vendedor, murió en estado de soltero, no tuvo herederos forzosos y están llamados a recoger su herencia "sus hermanos y en representación de éstos sus sobrinos";

h) Que "el demandado se ha negado a participar del inmueble y de sus frutos a los demás herederos del Dr. Santiago Rizo Lobo";

i) Que el valor comercial del inmueble en la fecha del otorgamiento de la escritura, excedía el doble del precio que se hizo figurar en ésta y, por tanto, de ser cierto el contrato de compraventa, existiría entonces lesión enorme.

III) El demandado respondió en el sentido de negar la mayoría de los hechos, de oponerse a las súplicas de la demanda y de formular como excepciones de fondo, las que denominó de "falta de legitimación en la causa por activa" y "violación en la demanda al derecho consagrado en el artículo 1948 ordinal 1º del C.C."

IV) Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 29 de agosto de 1985, pronunciada por el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las súplicas de la demanda, lo que dio lugar para que la parte demandante interpusiera contra dicha decisión el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 22 de julio de 1986, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso contra lo así decidido el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL Y SUS MOTIVACIONES

Reseñados los antecedentes del litigio, sienta el *ad quem* las apreciaciones siguientes:

a) Con la prueba documental pertinente, se demuestra que el demandante y el demandado "son sobrinos del causante Santiago Rizo Lobo";

b) Que cuando se demanda de aniquilamiento un contrato por simulación, según doctrina de la Corte que transcribe, el Juez debe proceder prioritariamente a investigar si se encuentra demostrada la existencia del contrato; en segundo lugar, si el demandante tiene o no derecho para promover la acción; y finalmente, indagar, con vista en las pruebas, si la simulación está probada;

c) El primer presupuesto, dice el *ad quem*, aparece acreditado con la copia de la escritura pública número 340 de 7 de abril de 1983, de la Notaría Unica del Circuito de Ocaña;

d) En la demanda se afirma que no hay legitimarios que tengan derecho a recoger la herencia y la acción la promueve un sobrino, en representación de una hermana del causante y para la sucesión;

e) Luego el Tribunal describe, con respaldo en los artículos 1047 del C.C., Ley 29 de 1982 y 1051 del C.C., quienes están en tercero y cuarto órdenes hereditarios y, en este último, se encuentran los sobrinos;

f) Que el demandante probó que Clara Rizo de Ovalle, hermana del causante falleció y, quien promueve la acción, “se encuentra en el cuarto orden sucesoral”;

g) Que según doctrina de la Corte, que transcribe, los herederos no forzosos no tienen interés legítimo para demandar la simulación;

h) Que el sobrino que ha promovido la acción, a términos de los artículos 1240 del C.C. y 9 de la Ley 29 de 1982, no es legitimario;

i) Que de acuerdo con las disposiciones legales, “la principal restricción de la libertad de testar está comprendida en los órdenes 1º y 2º esto es, los asignatarios forzosos están comprendidos en los órdenes 1º y 2º. O lo que es lo mismo la ley sucesoral no consagra asignaciones forzosas por los del 3º y 4º orden hereditario. Los hermanos están dentro del 3º orden y los sobrinos dentro del 4º orden”;

j) Que en “este orden de ideas la disposición de los bienes que hizo Santiago Rizo Lobo no se encuentra dentro de las limitaciones imperativas de la libertad de testar por estar por fuera de los órdenes 1º y 2º sucesorales. En los órdenes 3º y 4º sucesorales —hermanos y sobrinos— la ley le permite al testador disponer de todos sus bienes por no haber asignaciones forzosas. La ley no consagra un derecho a favor de los hermanos y de los sobrinos, según el caso, en los bienes del causante; éste puede disponer de ellos libremente. El acto simulado por el causante no causa ningún perjuicio al hermano o al sobrino de éste por no ser herederos forzosos”;

k) Que como la acción de simulación la ha promovido un sobrino del causante, por el orden sucesoral que tiene, no está legitimado en la causa.

#### LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un único cargo formula el recurrente, dentro del ámbito de la causal primera de casación, contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto directo de los artículos 1055, 1226, 1239, 1240 del C.C., 9º de la Ley 29 de 1982, por falta de aplicación; 1008, 1010, 1011, 1013, incisos 1º y 2º, 1037, 1047 del C.C., 6º de la Ley 29 de 1982, 1051 del C.C., 8º de la Ley 29 de 1982, 1043 del C.C., 3º de la Ley 29 de 1982, 1155, 1325 y 1766 del C.C., por falta de aplicación; los artículos 1946, 1947, 1948, 1949 del C.C. y 32 de la Ley 57 de 1887, también, por falta de aplicación.

El cargo lo desarrolla el recurrente en los asertos siguientes:

a) El Tribunal quebrantó las normas antes indicadas al haberse fundado en una jurisprudencia invocada por la parte demandada en sustento de “la excepción de falta de legitimación en la parte demandante”, pues de una parte la transcribió parcialmente y, de otra, no indagó el verdadero criterio que en materia de simulación y rescisión tiene sentado la Corte, pues la jurisprudencia citada por el Tribunal “se refiere a un caso de sucesión testada y, desde ese ángulo, distingue no sólo el interés del heredero forzoso, sino la prueba para establecer la simulación, en razón de la exigencia del principio de prueba por escrito entonces vigente y hoy derogado”;

b) Que el Tribunal, al tomar su decisión, tuvo en cuenta una situación diferente de la que aquí se controvierte, por cuanto la providencia de la Corte que

transcribe y que le sirve de respaldo, “se refiere a la sucesión testada, mientras el litigio recae sobre una intestada, y para entonces el criterio de una y de otra era diferente;

c) Que el Tribunal se desentendió de la doctrina de la Corte sentada en fallo de 2 de septiembre de 1966, en donde se afirmó que los herederos de una persona difunta están legitimados para demandar en simulación o rescisión a quienes contrataron con su causante, porque dichas acciones forman parte de la universalidad de bienes transmisibles por causa de muerte y se fijan en cabeza de los sucesores universales como cualquier otro bien susceptible de ser transmitido *mortis causa*;

d) Que la anterior jurisprudencia y otras posteriores afirman legitimación o personería en el heredero para incoar la acción de simulación y de rescisión;

e) Que cuando la Corte sostiene que los legitimarios, cuando demandan la simulación del contrato en que fue parte su causante, bien pueden actuar *jure hereditario* o *jure proprio*, fue una distinción importante durante la época en que la doctrina sostuvo la restricción probatoria de las partes en materia de simulación y la libertad respecto de los terceros cuando impugnaban determinado acto de simulado;

f) Que de lo anterior surge el desacierto en que incurrió el Tribunal, “pues no desconoció sino que por el contrario, expresamente acepta en la sentencia la prueba de la calidad de sobrino que tiene el demandante en relación con el causante y a pesar de eso le desconoció su vocación de heredero y la calidad de causahabiente del Dr. Santiago Rizo Lobo, por considerar que la legitimación para demandar la simulación sólo radica en quién es heredero forzoso;

g) Que el Tribunal, al decidir que faltaba “la personería sustantiva o ilegitimidad para accionar en la parte activa o demandante”, quebrantó las normas señaladas al comienzo del cargo por indebida aplicación e infringió, por el mismo motivo, por falta de aplicación, los preceptos sustanciales que igualmente se indicaron al comienzo;

h) El recurrente concluye el cargo sobre el aserto de que procede el quiebre de la sentencia, a fin de que la Corte, en instancia decrete la simulación o, en subsidio, la rescisión por lesión enorme.

#### SE CONSIDERA

1. *En lo que toca con la simulación, tradicionalmente ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia que en ella rige el principio general consistente en que quien la alega debe tener interés jurídico, comoquiera que sin interés no hay acción. “Puede afirmarse—dice la Corte— que todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes ostensiblemente, está habilitado para demandar la declaración de simulación” (Cas. Civ. de 8 de junio de 1967).*

2. *Como la simulación no sólo le puede causar perjuicio a las partes que participaron de ella sino aun a terceros al acto, no se ha cuestionado que cuando los derechos de unos y otros resulten ciertamente vulnerados, puedan aquéllos y éstos ejercitar la acción de simulación.*

3. Ahora bien, como la acción de simulación es de linaje patrimonial, es transmisible y, por ende, los herederos del simulante tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulados los actos celebrados por el del causante, ya sean herederos forzosos, ora sean herederos simplemente legales.

Precisamente la jurisprudencia, para precisar y aclarar criterios que no aparecían con la suficiente nitidez, afirmó en sentencia de 19 de diciembre de 1962 que los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoar la acción de simulación, porque formando parte tal acción de la universalidad transmisible del causante, se fija en cabeza de los sucesores universales, como los demás bienes transmisibles. "Basta, pues, la vocación hereditaria de herederos forzosos, o simplemente legales o testamentarios, para que quien goce de ella tenga interés jurídico para ejercer las acciones que tenía su antecesor y pueda ejercitarlas en las mismas condiciones que éste podría hacerlo si viviera. Si bien, con respecto a la simulación, tal interés puede responder a dos situaciones distintas: la del heredero forzoso, a quien el acto simulado ha inferido daño directo por sustracción de bienes llamados a participar en la integración de la correspondiente asignación (legítima, rigurosa o efectiva, mejoras, porción conyugal o alimentos), y la del heredero llamado por la Ley, pero no de manera imperativa o instituido por testamento, cuya vocación no se origina, por tanto, en el sistema legal que limita la libertad de testar... Pero este distingo no toca sino con la facultad de probar la simulación que tiene el heredero: si forzoso, con libertad de medios; si legal o testamentario, no podrá hacerlo sino en la medida en que podría probar el de *cujus*".

4. Empero, conviene aclarar que la posición con que actuara el heredero revestía especial interés en el derecho probatorio derogado, pues hoy ha perdido interés esa distinción, comoquiera que hay libertad probatoria en la demostración de la simulación.

5. En lo que atañe con la acción rescisoria por lesión enorme, ocurre lo propio que con la acción de simulación, o sea, que por tratarse de una acción personal, de carácter patrimonial, es igualmente transmisible a los herederos y, por ende, éstos están legitimados para deducirla respecto de un contrato de compraventa celebrado en vida por el de *cujus*.

Precisamente la Corte, en doctrina que fue citada precedentemente, afirmó que "Trátase de acción de simulación, de resolución o rescisión —por lesión enorme—, los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoarlas, ya que haciendo tales acciones parte de la universalidad transmisible del causante se fijan en cabeza de los sucesores universales como los demás bienes" (Cas. Civ. de 19 de diciembre de 1962, T. C., pág. 290). Esta posición jurisprudencial fue reiterada por la Corte en fallo de 2 de septiembre de 1966 (G.J. CXVII, 240).

6. Por consiguiente, infringe la ley el sentenciador cuando le desconoce interés jurídico al heredero para demandar la simulación o la rescisión por lesión enorme de un contrato de compraventa celebrado en vida por el causante. Por tanto, la sentencia debe ser infirmada para sustituirla por la decisión a que haya lugar.

## SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Respecto de la súplica principal, que es contentiva de una pretensión de simulación, simplemente cabe afirmar que ésta no se abre paso, pues fuera de ser escasa y débil la prueba indiciaria, lo que sí aparece acreditado, con prueba documental y testimonial, es la seriedad del negocio jurídico que se tacha de fingido. La Corte comparte, en el punto, las apreciaciones del *a quo*.

2. En lo que toca con la pretensión subsidiaria de rescisión por lesión enorme, la Corte considera que debe despacharse favorablemente, por los motivos que a continuación se exponen:

a) Juzga conveniente la Corte observar, que así la demanda con la cual se inició el proceso se hubiera ocupado de destacar en la mayoría de los hechos la celebración de un contrato de compraventa simulado o fingido, también señala hechos atinentes a la pretensión de rescisión por lesión enorme. Y cuando la demanda no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos o en las súplicas, tiene sentado la doctrina de la Corte que le corresponde al fallador interpretarla, en forma razonada y lógica, con el fin de no sacrificar el derecho, puesto que "la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante" (Cas. Civ. de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 483; 4 de abril de 1978, aún no publicada);

b) Se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia que dentro del criterio de lo moderado y de lo justo, la ley autoriza a los contratantes en los negocios onerosos y conmutativos, como el de compraventa, que las partes obtengan ciertas ventajas o cierto margen de ganancia en el ajuste de la convención.

c) Empero, cuando los contratantes se distancian considerablemente del postulado de la proporcionalidad de las prestaciones recíprocas, de tal manera que se subestima gravemente su correlativa equivalencia, semejante conducta puede configurar la lesión enorme.

d) La legislación civil concede el beneficio o acción rescisoria por lesión enorme, en el contrato de compraventa, a ambas partes y señala como límite para incurrir en ella cuando alguno de los contratantes se ha perjudicado en el negocio en más de la mitad del justo precio de la cosa o, en términos legales, el "vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra, es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato" (Artículo 1947 del C.C.).

e) De la escritura pública número 340 de 7 de abril de 1983 de la Notaría del Círculo de Ocaña, se desprende que el Dr. Santiago Rizo Lobo vendió a Eduardo De La Rosa Rizo el bien raíz que allí se describe, por la suma de dos millones novecientos ochenta y cuatro mil pesos (\$2.984.000.00).

f) El inmueble vendido por el mencionado Santiago Rizo Lobo al referido Eduardo De La Rosa Rizo, según los peritos que dictaminaron en la objeción que se formuló al primer dictamen, valía en la fecha de la venta la suma de diecinueve millones seiscientos treinta y siete mil seiscientos cincuenta pesos (\$19.637.650.00).

Y la Corte acoge como definitivo este dictamen y no el objetado, puesto que aquél, por la forma como fue rendido, o sea, por el estudio claro, preciso y detallado del inmueble y de la edificación, de su ubicación, del área construida, de la clase de construcción, del estado de la misma, de las vías, transporte y servicios públicos, resulta ciertamente estar sólidamente fundamentado y, por ende, el único que ofrece certeza (Artículos 238-6, 237, 241 del C. de P.C.). Por tanto, prospera la objeción.

g) Teniendo en cuenta el precio recibido por el vendedor y el valor fijado por los peritos al inmueble por la época de celebración del contrato de compraventa, se concluye que el precio recibido por aquél fue inferior a la mitad del justo precio que el bien vendido tenía al tiempo del contrato. De suerte que el vendedor Santiago Rizo Lobo sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado con Eduardo De La Rosa Rizo, contenido en la escritura pública número 340 de 7 de abril de 1983, de la Notaría del Circulo de Ocaña. Así las cosas, procede la pretensión de rescisión por lesión enorme, pues las excepciones alegadas por el demandado, fuera de que no tienen respaldo legal y probatorio, no constituyen verdaderos medios exceptivos.

#### RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 22 de julio de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en este proceso y, como juzgador de instancia confirma la pronunciada por el *a quo* en cuanto denegó la pretensión principal de simulación y la revoca en cuanto rechazó la pretensión subsidiaria de rescisión por lesión enorme y, en su lugar,

#### RESUELVE

1° Declárase que el vendedor Santiago Rizo Lobo, representado por sus herederos, sufrió lesión enorme en la venta que hizo al demandado Eduardo De La Rosa Rizo, mediante escritura pública número 340 de 7 de abril de 1983, de la Notaría del Circulo de Ocaña, del predio descrito en dicho acto escriturario.

2° En consecuencia, declárase rescindido, por esa causa, el referido contrato de venta.

3° En virtud de la rescisión decretada, el demandado restituirá a la sucesión ilíquida de Santiago Rizo Lobo, representada por sus herederos, el bien raíz de que trata la mencionada escritura número 340 y la demanda, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que dicte el *a quo* de obediencia a lo resuelto por el superior, con todos sus componentes, anexidades, mejoras y usos, purificándolo previamente de los gravámenes que sobre él haya constituido.

4° El demandado pagará a la sucesión del vendedor el valor de los frutos que haya percibido o podido percibir con mediana inteligencia y actividad desde la fecha de notificación de la demanda hasta el día en que efectúe la restitución. La liquidación de los frutos se hará por el procedimiento señalado por el artículo 308 del C. de P. C.

5° Efectuada la restitución del bien raíz vendido, la sucesión del vendedor Santiago Rizo Lobo, representada por sus herederos, restituirá al comprador Eduardo De La Rosa Rizo el precio que éste pagó por concepto de la venta, más los intereses legales desde la fecha de notificación de la demanda. Aquéllos no podrán pedir cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato rescindido, ni de los deterioros que haya sufrido el inmueble, excepto en cuanto el comprador se hubiere aprovechado de ellos.

6° Dispónese la cancelación de la escritura número 340 de 7 de abril de 1983 de la Notaría del Círculo de Ocaña, así como de su registro, para lo cual el *a quo* libraré los despachos respectivos, si el demandado opta por la rescisión.

7° El demandado goza de la facultad que le confiere el inciso 1° del artículo 1948 del C.C., opción que podrá ejercer dentro del mismo término señalado para la restitución del inmueble.

8° Recházanse las excepciones propuestas.

9° Declárase probada la objeción por error grave formulada al dictamen pericial. Los peritos Aurelio Macorni Palacio y Rodrigo Vergel Vergel devolverán los honorarios para el caso de haberlos recibido.

10. CANCELASE el registro de la demanda. El *a quo* libraré el despacho respectivo.

11. CONDÉNASE al demandado a las costas de ambas instancias en proporción de un sesenta por ciento (60%). No hay lugar a costas en el recurso de casación.

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

*José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Martín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## ACCION REIVINDICATORIA

**El demandado que alega la prescripción extintiva de la acción de dominio, alega a la vez la prescripción adquisitiva a su favor.**

## POSESION

**Agregación o unión. Quien pretende juntar a su posesión la de sus antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones y la prueba de los respectivos traspasos.**

## DERECHO DE RETENCION

**No es necesario que se declare en la sentencia, por cuanto surge desde el mismo momento en que el fallo reconoce el crédito.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 20 de agosto de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario de María Mercedes Toro Agudelo contra la sociedad Producciones La Cachera Ltda., y Jairo y Darío Moreno Calderón.

### I. ANTECEDENTES

1. Por demanda repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello, María Mercedes Toro Agudelo convocó a proceso ordinario de mayor cuantía a la sociedad Producciones La Cachera Ltda., y a Jairo y Darío Moreno Calderón, para que se declarara que le pertenece el dominio pleno y absoluto del lote de terreno que hace parte del denominado "Manga Alta" ubicado en la Urbanización El Peñón del municipio de Bello, el cual aparece debidamente singularizado tanto en la parte fáctica (hecho tercero) como en las súplicas del libelo respectivo; y que, en conse-

cuencia, se condenara a los demandados a restituírselo con el valor de los frutos naturales o civiles producidos desde el mes de noviembre de 1980, así como con las cosas que de él hacen parte o que se reputan como inmuebles; para que, además, se le exonerara de indemnizar por ser los demandados poseedores de mala fe; y, finalmente, se ordenara la inscripción del fallo correspondiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

2. En apoyo de su pretensión citó la demandante los hechos que pasan a sintetizarse:

a) Que adquirió de la sociedad Caltecas Urbanizadores Ltda., el lote de terreno "Manga Alta", localizado en la urbanización El Peñón del municipio de Bello, por compra que hiciera mediante escritura pública número 3706 de septiembre 15 de 1981 corrida en la Notaría Sexta de Medellín, registrada el 25 de ese mismo mes bajo el número de matrícula inmobiliaria 001-261522 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar premencionado.

b) Que los demandados vienen ejerciendo una posesión irregular y de mala fe sobre parte del lote indicado, cuya especificación particular describe en el hecho tercero de la demanda.

c) Que existe correlativa identidad entre lo que reclama y lo que poseen los demandados, sin que éstos sobrepasen los veinte años de posesión material.

d) Que no ha enajenado el inmueble pretendido, pese a asistirle justo título para hacerlo, dada "la perturbación e introducción de mejoras de los demandados", situación que no ha podido ser controlada ni aún mediando determinación policiva de mantener el *statu quo* desde el 13 de noviembre de 1980.

3. Producciones La Cachera Ltda., por conducto de su representante legal Mercedes Calderón de Moreno y Darío Moreno Calderón, contestaron el libelo incoativo del proceso exigiendo la prueba de la mayoría de los hechos, negando otros sobre la base de considerar que "a partir del año de 1932 (mil novecientos treinta y dos) aproximadamente, viene la familia Moreno, concretamente Octavio Moreno, poseyendo un lote de terreno, de forma irregular, siendo su parte más estrecha la que da frente a la calle 53 y la más ancha la que colinda con terrenos de propiedad de Producciones La Cachera Co. Ltda. En dichos terrenos se levantaron en su época, (funcionamiento pleno de la fábrica de elaboración de artículos de cachos), las instalaciones para desarrollar las siguientes actividades de la empresa: tanques de desarenadero, tubos de conducción de agua, sistema de suministro de agua que fue amparado por el Consejo de Estado frente a controversia con el municipio de Bello. Otra de las instalaciones que funcionó fueron los tanques de desmadradero, en los cuales se depositaban los cachos de las reces (sic) para extraerles las carnicidades (sic) de su interior. La cocina en la cual se elaboraban los productos: peines, peinetas y otros productos.

"Las anteriores instalaciones permanecieron en el lugar hasta que a raíz de la aparición y desarrollo de productos, los mismos productos, en plástico, dejó de ser rentable la empresa.

“Las instalaciones fueron desmontadas y se mantuvo la posesión del terreno hasta la fecha.

“En el año de 1982 se determinó de parte de los miembros de la familia Moreno, demandados, el construir un parqueadero encerrando el lote que se viene poseyendo desde 1932 por la familia y que hasta el momento y desde el momento en que se le retiraron las dotaciones antes anotadas, sólo tenía cercas de alambre, con otro lote de propiedad de la familia (escriturado).

“A través de 51 años la familia Moreno ahora Darío Moreno y Mercedes Calderón y otra que no fue demandada y es socia de la sociedad, Fabiola Moreno, venimos poseyendo en forma quieta, pacífica, pública e ininterrumpida.

“Los impuestos nacionales y municipales por dicho inmueble, han sido de nuestra entera obligación, lo cual hemos cancelado como dueños que nos sentimos del predio.

“La acción de la demandante es tardía, ya que viene a reclamar un inmueble que: 1º En momento alguno le es escriturado por los linderos y mensuras que determina en la demanda, esto conforme documento que se anexó en la demanda y 2º Venimos poseyendo por un espacio de 51 años.

“La demandante, llamada propietaria, no ejerció su acción de propietaria por un espacio de cincuenta y un años, tiempo durante el cual poseímos nosotros el inmueble, si es que hablamos del mismo”. Agregaron que “por lo antes expuesto le manifestamos que nos oponemos a que se formulen en sentencia las pretensiones (sic) de la demandante”. Y en su lugar se declare que lo adquirieron “... por haber poseído el inmueble por un espacio de tiempo superior a los treinta años”, y ordenando por tanto la respectiva inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín.

4. La primera instancia culminó con sentencia de 15 de febrero de 1984, mediante la cual se acogieron las súplicas demandadas, pero se condenó a la actora a pagar algunas mejoras a los demandados.

5. En virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el 20 de agosto de 1985 la sentencia de segundo grado por la que confirmó la impugnada, pero adicionándola en el sentido de que los frutos, que se deberán hasta la entrega del bien ordenado restituir, se liquiden por el trámite señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y declarando además que... “no prospera la prescripción adquisitiva de dominio invocada por la parte demandada”.

6. Contra esta determinación interpuso la parte demandada el recurso de casación que, debidamente rituado, pasa la Corte a decidir.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

A vuelta de destacar la forma como se planteó y formalizó la relación jurídico-procesal, y encontrando satisfechos los presupuestos del proceso, el Tribunal comenzó por auscultar la naturaleza de la reivindicación, por definir entre quiénes puede

discutirse desde el punto de vista sustancial, por presentar las diversas hipótesis que puede suscitar la época desde cuando empezó a poseer el demandado, para concluir luego de examinar los elementos axiológicos de ella, que la demanda alcanzaba buen suceso.

En efecto, halló la prueba del dominio en la demandante, la posesión en los demandados, que éstos poseen justamente lo que aquélla reclama y, por último, que se trata de cosa singular reivindicable, tal como lo tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia.

Y en cuanto a la gestión defensiva el Tribunal explicó que... “los demandados no formularon en la forma señalada por el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, demanda de reconvencción de prescripción adquisitiva de dominio, a manera de excepción piden se declare la prescripción adquisitiva de dominio, la que no está llamada a prosperar”, y transcribió a renglón seguido parte de la sentencia que esta Corporación profirió el 16 de julio de 1982, previa cita de otra anterior, en la que, en su entender, encontró apoyo de su aserto.

### III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Combate el recurrente la sentencia que viene de compendiarse, aduciendo dos cargos con estribo en la causal primera de casación que prevé el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, uno por la vía indirecta y el otro por la directa, que se despacharán en el orden en que fueron propuestos.

#### *Cargo primero*

Estima el censor que la sentencia recurrida es violatoria de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962 y 964 del Código Civil por aplicación indebida, y de los artículos 970, 2512, 2535, 2536 y 2538 de ese mismo Código y los artículos 96 y 306 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación, como consecuencia del “error evidente de hecho en la interpretación del escrito de respuesta a la demanda y en la interpretación de otras pruebas...” que más adelante se precisarán.

El error lo encuentra el recurrente en el hecho de que en trasunto, no entendió el Tribunal que en la respuesta del libelo genitor los demandados ejercieron el derecho de contradicción arguyendo hechos constitutivos de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y, antes bien, dedujo que se trataba de la adquisitiva únicamente, para entonces rechazarla con el argumento de que sólo es viable formularse a través de demanda de reconvencción.

Explicando el cargo, luego de invocar el texto del artículo 2538 del Código Civil, según el cual “toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho” y haciendo especial énfasis en que dicha norma hace parte del capítulo denominado “De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales”, apunta el impugnador que “no desentona entonces con el espíritu de la legislación, por ser un desarrollo lógico de la misma, que simultáneamente se proponga la prescripción extintiva y se alegue la adquisitiva, como cuando en el mismo escrito de contestación a la demanda, los demandados alegan hechos expresamente dirigidos a enervar la acción del demandante, porque en

sí comportan la afirmación de que ha prescrito el derecho de éste, y al mismo tiempo aseveran que ellos han ganado por *usucapión* el derecho de propiedad que prescribió para aquél, que se le extinguió por no haberlo ejercitado por largos años". En fin, que la invocación de la *usucapión* propende enervar la acción de un demandante a quien se opone como medio de defensa la prescripción. "En todo caso —agrega— es un modo claro de expresar el demandado su resistencia a las pretensiones de su rival".

Seguidamente cita y analiza los apartes básicos de la respuesta de la demanda con los cuales apuntala sus aseveraciones, haciendo notar cómo los demandados después de expresar que se oponían a la reivindicación y de mostrarse sorprendidos "porque quien reivindica se 'presente de repente, sin haberse anunciado durante más de treinta años', puntualizaron que 'la demandante, llamada propietaria, no ejerció su acción de propiedad por un espacio de cincuenta y un años' tiempo durante el cual poseímos nosotros el inmueble, si es que hablamos del mismo". Deduce así que ellos excepcionaron mediante la prescripción extintiva aunque no lo expresaron concretamente; en relación con esto último afirmó más adelante, de un lado, que no es obligación legal "llamarla con un determinado nombre" y, de otro, que el fallador tiene la facultad de interpretar no sólo la demanda sino también su respuesta.

Del parangón que hiciera entre lo expuesto en abstracto al iniciar el cargo y la situación concreta que precede, concluye el recurrente del modo siguiente: "Es pues contrario a la evidencia del proceso, decir que los demandados no formularon esta excepción en su defensa y que, en el escrito de respuesta (folios 26 a 29), sólo expusieron los hechos configurativos de la prescripción adquisitiva. No puedo negar que ellos hablaron también de ésta al decir que, por haber poseído materialmente el inmueble, lo habían ganado por *usucapión*; pero sin caer en notorio error de hecho, como el cometido por el H. Tribunal de Medellín, no se puede decir que en la misma contestación los demandados no alegaron, en defensa suya, hechos que son inequívocamente constitutivos de la prescripción extintiva del derecho de la demandante". Yerro que a su vez lo llevó a cometer otro, al no apreciar las declaraciones de Juan de Dios Avendaño Londoño y Bernardo Zapata, quienes dan cuenta de la posesión que, por lapso superior a 20 años, ejercieron los demandados en el inmueble varias veces mencionado, dejando así de declarar próspera la excepción de prescripción liberatoria, concluyó finalmente. Considera infringidas de ese modo las normas atinentes a la reivindicación por aplicación indebida, al paso que se dejaron de aplicar las relativas a la excepción de prescripción.

#### CONSIDERACIONES

1. Los recurrentes Producciones La Cachera Ltda., por conducto de su representante legal Mercedes Calderón de Moreno y Darío Moreno Calderón, pretenden demostrar a través de este cargo que la sentencia de segundo grado es violatoria de los artículos 970, 2512, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil por falta de aplicación, como consecuencia del error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación del escrito contentivo de la respuesta a la demanda, por cuanto el *ad quem* no vio que con los hechos relatados en él, también se alegaba por parte de éstos la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria promovida por la demandante María Mercedes Toro y, por ello, no declaró probada la respectiva excepción.

Allí, es decir, en el escrito contentivo de la réplica a la demanda, los impugnantes dejan entrever que para proponer la prescripción, tanto como modo adquisitivo del bien en controversia, como extintiva de la acción de dominio, se presentan como sucesores de la familia Moreno, que comenzó la posesión del bien raíz controvertido por allá en el año de 1932, concretamente de Octavio Moreno, razón por la cual a la posesión suya agregan la de su antecesor, pues afirman categóricamente que "a través de 51 años la familia Moreno, ahora Darío Moreno y Mercedes Calderón y otra que no fue demandada y es socia de la sociedad, Fabiola Moreno, venimos poseyendo en forma quieta, pacífica, pública e ininterrumpida".

2. *Ha enseñado la jurisprudencia que quien alega la excepción de prescripción extintiva afirmando que "ha poseído el inmueble objeto del litigio por más de treinta y cinco años, sin interrupción de ninguna clase y en forma quieta y pacífica, como señor y dueño" está oponiendo a la acción el medio exceptivo de la usucapión de la cosa que ha poseído durante ese lapso, porque sin prescribirla mal podría extinguirse la acción protectora del derecho del propietario. "La prescripción extintiva del derecho —por el abandono del dueño— es una consecuencia fatal de la prescripción adquisitiva del mismo derecho lograda por el poseedor, como enseña el artículo 2538 del Código Civil" (Cas. Civ. de 9 de octubre de 1963, CIII, 189).*

3. *Ahora bien, en la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2125 del Código Civil; pero entonces ha de probar que es en realidad sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir, debe acreditarse la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones hasta cumplir los veinte años. "Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos trasposos, pues de lo contrario quedarán sueltos y desvinculados los varios lapsos de posesión material". (Cas. Civ. de 30 de abril de 1931, XXXIX, 20; Sent. de S. de N.G. de 6 de julio de 1950, LXVII, 695).*

*Y en punto a la agregación de posesiones ha dicho la Corte, desarrollando el contenido de los artículos 778 y 2521 del Código Civil, que tales preceptos consagran dos reglas legales: "...es la primera la de que la posesión de una cosa principia para toda persona desde el instante en que ésta comienza a ejecutar o cumplir los hechos que la constituyen, y la otra consagra la facultad que a tal persona se otorga para poder agregar al tiempo de posesión el de su antecesor cuando la cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas; pero para usar de esta facultad es de rigor que quien la ejercita suceda a su antecesor en esa posesión a título universal o singular, es decir, por herencia, venta, permuta, etc., y que además justifique la existencia de un título de las ya expresadas cualidades, pues de lo contrario los períodos de tiempo del sucesor y del antecesor quedarían desvinculados entre sí, por carecer de razón o causa determinantes del derecho de añadirlos o sumarlos entre sí" (Cas. Civ. de 17 de septiembre de 1945, LIX, 844; 14 de diciembre de 1950, LXVIII, 753).*

4. Se pone entonces de manifiesto que, en las condiciones anotadas, este cargo adolece del defecto de técnica relativo a la falta de integración de la proposición jurídica, por cuanto se omitió invocar como infringidos, desde luego también por

falta de aplicación, los artículos 778 y 2521 del Código Civil, que facultan a los prescribientes para agregar al tiempo de posesión el de su antecesor cuando la cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas y que son aplicables a la prescripción en sus dos manifestaciones, o sea, como modo de adquirir los bienes y como modo de extinguir las acciones y derechos ajenos.

5. Pero haciendo abstracción de esta falencia técnica, el cargo es intrascendente, por cuanto la Corte al colocarse en sede de instancia produciría una decisión similar a la proferida por el Tribunal *ad quem*, por las siguientes razones:

a) Revisado el material probatorio, no se establece la existencia del vínculo jurídico del que pretenden valerse los recurrentes para sumar a la posesión alegada la de sus antecesores, es decir, la posesión ejercida sobre el lote en litigio por la familia Moreno, y más concretamente por Octavio Moreno.

b) En esas circunstancias, es claro que los coposeedores no acumulan independientemente el tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria el dominio de la cosa litigada, ni para proponer, por ende, como excepción la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria propuesta por la demandante María Mercedes Toro Agudelo, situación que se hace más diáfana si se tiene en cuenta que Octavio Moreno falleció en 1978 y que la Sociedad Producciones La Cachera Ltda., sólo vino a tener existencia jurídica a partir del 27 de octubre de 1978, fecha en que se constituyó.

En consecuencia, el cargo no prospera.

#### *Cargo segundo*

Denuncia el impugnante la sentencia por ser violatoria, directamente y por falta de aplicación, del artículo 970 del Código Civil.

En el desarrollo del cargo, el recurrente expresa que en la sentencia impugnada, el Tribunal reconoció que los demandados como poseedores de buena fe, tienen derecho a que se les pague la suma de \$147.700.00 “valor en que los peritos avaluaron las mejoras plantadas por ellos. Sin embargo, como brota de la parte resolutive del fallo impugnado, el sentenciador omitió reconocerle el derecho de retención del predio, mientras se le paga esa suma”.

Por tanto, concluye el recurrente “... si el Tribunal apreció bien los supuestos de hechos para hacer actuar este precepto (artículo 970 C.C.) y no le dio aplicación, con su proceder lo quebrantó de manera directa, infracción que conduce a la casación del fallo recurrido para que la Corte, actuando como Tribunal de instancia, conceda el derecho de retención que tienen los demandados, según el texto legal antes transcrito” (paréntesis de la Sala).

#### CONSIDERACIONES

1. *El derecho de retención que “no es otro que el de retardar la entrega de la cosa debida, como medio de obligar a la persona a quien pertenece a pagar al detentador de la cosa la deuda nacida con ocasión de la misma cosa” (Cas. Civ. de 25 de agosto de 1953, G.J. Tomo LXXVI, pág. 88), por tratarse de un crédito vinculado con la misma obligación de restituir (debitum cum re junctum) no es en nuestro medio un derecho declarable por decisión judicial, sino que nace de los casos expresamente señalados por*

la ley sustancial y cuyo ejercicio debe hacerse en la forma y tiempo determinados en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "en el acto de cumplimiento de la condena a entregar inmueble o mueble no secuestrado durante el proceso, podrá hacerse uso del derecho de retención en los casos previstos por la ley sustancial, siempre que el crédito garantizado por aquél haya sido reconocido en la sentencia de cuya ejecución se trata. En tal caso, se dejará la cosa en poder de quien la tenga, hasta cuando se pague el respectivo crédito..."

2. Por cuanto el artículo 2417 del Código Civil preceptúa que "no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designen". La Corte insistentemente ha sostenido la doctrina de que la ley consagra con criterio restrictivo la existencia del derecho de retención, y que por consiguiente su reconocimiento sólo procede en los casos expresamente señalados en ésta.

Dentro de los casos excepcionales que la ley determina en el punto, se encuentra, según lo estatuido por el artículo 970 del Código Civil, el del poseedor vencido que "tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras".

3. De tal manera que, teniendo los poseedores demandados un saldo que reclamar en razón de mejoras, pueden, desde luego, y al momento del cumplimiento de la sentencia, ejercer el derecho de retención que consagra el artículo 970 del Código Civil, sin que sea necesario que tal derecho se declare en la sentencia, por cuanto surge desde el mismo momento en que el fallo les reconoce el crédito y se encuentran en los casos en que la ley los autoriza a retener la cosa que están obligados a entregar a otro.

4. En este orden de ideas, no se aprecia que el Tribunal en su sentencia haya violado directamente el precitado artículo 970 del Código Civil, por falta de aplicación, pues se trata de un derecho nacido en favor de los demandados, por haber obtenido en la sentencia un saldo que reclamar por razón de mejoras plantadas sobre la cosa que estaban obligados a restituir, y para cuya retención están expresamente facultados por el mencionado precepto, al momento de presentarse el cumplimiento del fallo impugnado (Artículo 339 del Código de Procedimiento Civil).

Por consiguiente, tampoco prospera este cargo.

#### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 20 de agosto de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario de María Mercedes Toro Agudelo contra Producciones La Cachera Ltda. y Jairo y Darío Moreno Calderón.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Martín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Alfredo Beltrán Sierra  
Secretario

**CONTRATO DE TRANSPORTE**  
**Derechos del remitente y del destinatario.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., dieciséis (16) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de febrero de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario instaurado por las compañías Suramericana de Seguros S.A., Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A., frente a la sociedad Mototransportar Ltda.

I. EL LITIGIO

1. En demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Civil del Circuito de Rionegro, las citadas compañías mediante procurador judicial, demandaron a la sociedad Mototransportar Ltda., para que por los trámites de un proceso ordinario se declarase que ésta incumplió la obligación de entregar a su destinatario doce toneladas de leche en polvo semidescremada y, como consecuencia, se le condenase a pagar a Suramericana de Seguros S.A. la suma de \$1.404.000.00, a la Aseguradora Colseguros S.A. \$540.000.00 y a Seguros Comerciales Bolívar la cantidad de \$216.000.00, de acuerdo con la devaluación monetaria de las anteriores sumas, desde el momento en que fueron pagadas a la Compañía Nacional de Chocolates S.A., hasta el momento de proferirse el fallo, más el interés comercial del 36% anual.

2. Como *causa petendi* se expuso, que entre la compañía Suramericana de Seguros S.A., Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A., de una parte, y de otra, la Compañía Nacional de Chocolates S.A., se celebró un contrato de seguro de transporte, plasmado en la póliza número 10948 amparando totalmente la mercancía transportada; que bajo la vigencia de este contrato la empresa comercial Mototransportar Ltda., mediante orden de cargue número 1149 del 12 de junio de 1982 se responsabilizó del transporte de 12.000 kilos de leche en polvo semidescremada, enviada desde Barranquilla para ser entregada a su propietaria en el municipio de Rionegro (Antioquia); que la empresa transportista incumplió su

obligación pues no entregó a la Compañía Nacional de Chocolates las mercancías despachadas, procediendo ésta a reclamar a la aseguradora líder, esto es a la compañía Suramericana de Seguros S.A., el valor de éstas; que “después de severo examen circunstancial de lo acaecido, cada una de las aseguradoras pagó su porcentaje de rigor: 65%, 25% y 20% sobre el valor total de \$1.160.000.00, costo de la leche correspondiendo a Suramericana \$1.404.000.00, a Colseguros \$540.000.00 y a Bolívar \$216.000.00”; y que por consiguiente cada una de las anteriores aseguradoras tiene derecho a subrogarse en el importe de lo pagado a la asegurada.

3. Admitida la demanda, la parte demandada se opuso a las pretensiones del libelo, manifestando no constarle los hechos expuestos en la misma.

4. Tramitado el proceso en sus etapas propias, el Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 1º de marzo de 1984, resolviendo lo siguiente:

“1º Declárase que la empresa ‘Mototransportar Ltda.’ representada legalmente por el doctor Rafael Pérez Gil o por quien haga sus veces es comercial y civilmente responsable de doce mil kilos de leche descremada que debía ser entregada en la ciudad de Rionegro a la Compañía Nacional de Chocolates y la cual le fue entregada en la ciudad de Barranquilla.

“2º Como consecuencia de la anterior declaración la demandada deberá pagarle a las compañías “Suramericana de Seguros S.A.”, “Aseguradora Colseguros S.A.” y “Seguros Comerciales Bolívar S.A.” en su condición de subrogatarias legales de la “Compañía Nacional de Chocolates S.A.”, \$2.101.404.00 pesos m.l. en las siguientes proporciones: Para Suramericana de Seguros S.A. la suma de \$630.421.20 m.l., para Seguros Comerciales Bolívar S.A. la suma de \$840.561.40 m.l. y para Aseguradora Colseguros S.A. la suma de \$630.421.20 m.l.

“3º Condénase la demandada a pagar a las demandantes sobre tales sumas los intereses legales comerciales sobre dichas sumas desde el 23 de julio de 1982 fecha ésta en que se efectuó el pago, hasta el día en que efectivamente sean canceladas dichas cantidades.

“4º Costas a cargo de la empresa Mototransportar Ltda.”.

Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior de Medellín por providencia de 5 de febrero de 1985 revocó la proferida por el *a quo* y absolvió a los demandados:

Entonces, la parte demandante interpuso el recurso de casación, el cual procede a decidir la Corte una vez adelantadas las diligencias propias tendientes a reconstruir, en lo posible, este expediente.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

5. Después de relatar los antecedentes del litigio, comienza el *ad quem* por señalar, citando el artículo 1096 del Código de Comercio, que se trata de un caso de subrogación legal, modo de extinción de las obligaciones, que según el artículo 1670 del Código Civil, transfiere al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privile-

gios del antiguo, tanto contra el deudor principal como contra cualquier tercero obligado solidaria y subsidiariamente a la deuda y que el subrogatario al igual que el subrogante, debe demostrar los supuestos de hecho que constituyen la causa de la obligación reclamada.

Posteriormente, luego de observar en qué consiste el contrato de transporte, indica que intervienen como partes el transportador, el remitente y el destinatario, pudiendo estas dos últimas calidades reunirse en una misma persona, aun cuando no siempre ocurre así, pues sus derechos están perfectamente delimitados.

A continuación, aludiendo al artículo 1023 del Código de Comercio, dice que esta norma le concede derecho al remitente de disponer de la mercancía, sea retirándola del sitio de partida o de destino, o deteniéndola durante la ruta, o disponiendo su entrega en lugar o a persona distintos de los inicialmente convenidos o solicitando el retorno al sitio de partida; y con cita del artículo 1024 *ibidem* observa que el destinatario tiene derecho, desde la llegada de la mercancía al punto de destino, a solicitar al transportador que le entregue los bienes, contra el pago de las sumas a su cargo o la aceptación de la factura cambiaria de transportes, según el caso; y que como el transportador, salvo estipulación en contrario debe avisarle la llegada de la mercancía, si se reconociere por el transportista que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de un plazo de siete días a partir del que en que haya debido llegar ésta no hubiera arribado, el destinatario queda autorizado a hacer valer con relación al transportador los derechos resultantes de la convención.

Apoyado en el artículo 1030 *ejusdem*, que establece el momento en que cesa la responsabilidad del transportador, manifiesta el sentenciador que con fundamento en las normas atrás referidas es posible precisar cuándo es responsable frente al remitente y frente al destinatario; y con referencia a fallo de la Corte, expresa que es posible distinguir las tres etapas del contrato, ya que la misma ley demarca el momento preciso en que cesa el derecho del remitente y comienza el del destinatario, es decir, desde la llegada de la mercancía al punto de destino, distinción ésta razonable si se tiene en cuenta que como el destinatario no interviene, inicialmente, en la celebración del transporte, únicamente a partir del incumplimiento de la condición dicha, o sea desde el arribo de la mercancía al lugar de destino, puede aceptar las obligaciones y derechos que para él emergen de tal concertación (se destaca).

Haciendo mención a la legitimación en la causa, anota que para que la subrogación sea eficaz y pueda ser invocada como razón del derecho reclamado, es menester que el subrogante sea titular de ese derecho, toda vez que la subrogación por sí misma no puede transmitir un derecho que no tiene. “El subrogatario pasa a ocupar el lugar del subrogante, por consiguiente, si éste no está habilitado para pedir indemnización, tampoco podrá estarlo aquél”.

6. Al abordar el estudio de las pruebas, dice textualmente el fallador, que “la parte demandante, en este proceso, se cuidó de indicar en su demanda el nombre del remitente de la mercancía”, pero de la orden de cargue número 00494 aparece claramente que las partes contratantes fueron: Ciledco - Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda., en calidad de remitente; Mototransportar Ltda., como transportadora y la Compañía Nacional de Chocolates como destinataria; y que

igualmente consta que el sitio de partida fue la ciudad de Barranquilla y como lugar del destino Rionegro.

Analizando la carta fechada el 25 de junio de 1982, por la que la empresa transportadora comunicó a la destinataria la pérdida de la mercancía por atraco cometido en la ruta Medellín-Guarne, versión que fue corroborada en la investigación penal iniciada por la denuncia presentada por el conductor Julio César Monsalve, observa el Tribunal que resulta que la cosa transportada no llegó a su destino, o en otros términos, que la pérdida de los bienes se produjo en la segunda etapa de la ejecución del transporte, es decir, durante la conducción de las mercancías, de donde concluye que “el remitente era el llamado a reclamar responsabilidad del transportador, sin que hasta ese momento hubiera nacido para el destinatario derecho alguno”.

Continuando con su valoración ponderativa, añade el Tribunal que los demandantes anexaron al libelo fotocopias auténticas y algunos documentos relacionados con el seguro de transporte solicitado por la Compañía Nacional de Chocolates S.A., con vigencia a partir del 8 de julio de 1976, que dio origen a la póliza 10948, anotada en la orden de pago y liquidación del siniestro por la suma de \$2.160.000.00 en favor del asegurado por parte de las compañías aseguradoras, en porcentajes del 65%, 25% y 10%, resultando evidente que el tomador, asegurado y beneficiario del pago fue aquella compañía; y que ésta, a su vez, tenía el carácter de destinataria en el contrato de transporte, pero que como en la etapa en que se produjo la pérdida de la mercancía estaban aún pendientes sus derechos, no puede decirse que por la subrogación legal de que trata el artículo 1096 del Código de Comercio, se haya transmitido en favor de las aseguradoras los derechos para exigir responsabilidad a la transportadora.

Concluye diciendo, que para resolver este asunto era necesario estimar tanto el contrato de seguro como el transporte, pues en aquél la demandada no fue parte, y analizar los eventuales derechos del asegurado subrogante para definir si las demandantes tenían legitimación en la causa por virtud de la subrogación invocada; y repite que “la Compañía Nacional de Chocolates S.A., como destinataria no era titular del derecho aquí reclamado y por lo mismo tampoco las pretendidas subrogatarias”.

### III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

7. En la demanda respectiva y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del C. de P. Civil, la parte recurrente formula contra la sentencia dos cargos, de los cuales la Corte sólo estudiará el último por encontrar que prospera.

#### *Segundo cargo*

8. Con éste el impugnante acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 822, 981, 1008 inciso 3º, 1023 incisos 1º y 4º, 1024 incisos 1º y 4º, 1030 y 1031 del Código de Comercio así como de los artículos 1494 y 1602 del Código Civil; y de los artículos 1670 de este ordenamiento y 1096 de aquella codificación, por falta de aplicación.

9. En el desarrollo de la censura, primero advierte el casacionista que “asume la hipótesis de que el sentenciador no incurrió en errores de hecho por la apreciación errónea de las pruebas sino que éstas fueron correctamente evaluadas”, sino que se

incurrió por el Tribunal en “una grave equivocación de derecho derivada de haber establecido incorrectamente la relación entre el hecho genérico legal y el hecho específico acaecido”.

Y aquí nuevamente con cita del artículo 1024 inciso 4° del C. de Co., el cual transcribe, dice que en el caso presente el juzgador apreció certeramente ambos hechos, es decir, el reconocimiento de la pérdida de las cosas por el transportador y la no llegada de la mercancía después de siete días en que se esperaba este hecho, pero a pesar de esta estimación no dedujo que, según la premisa legal, el destinatario quedaba autorizado para hacer valer en relación con el transportador los derechos resultantes del contrato, sino que le atribuyó tales derechos al pretendido recurrente, por error *juris in iudicando*, extendiéndose esta violación al restante elenco de normas sustanciales que enuncia.

Apoyado en este postulado suyo, manifiesta el impugnante que el error puramente jurídico cometido, consistió en aplicar indebidamente las normas que establecen que los derechos del remitente radican hasta la llegada de la mercancía –artículos 1023 incisos 1° y 4° y 1024 inciso 1° del C. de Co.–, pues lo cierto es que como en este asunto nunca llegó la mercancía, y su pérdida fue reconocida por el transportista, era necesario regirse no por aquellos textos legales, sino por el artículo 1024 inciso 4° *ibidem*.

El censor destaca que el artículo 1024 del C. de Co. fue indebidamente aplicado en su inciso primero e inaplicado en su inciso cuarto, que es precisamente el que le confiere el derecho al destinatario.

Según su criterio, agrega el impugnador que se supone también que el Tribunal evaluó acertadamente las pruebas que demuestran cómo en el caso sub iudice la Compañía Nacional de Chocolates era a la vez remitente-destinataria; y que admitida, como en efecto debe admitirse esta realidad fáctica, no obstante consideró que Ciledco era la remitente, quebrantando de esta manera el artículo 1008 inciso 3° del C. de Co. y por la misma causa los artículos 822, 981, 1030 y 1031 de la misma Codificación.

Finalmente asevera, que no aplicó los artículos 1670 del Código Civil y 1096 del C. de Co., “pues si el sentenciador justipreció correctamente el elenco probatorio, y, por ende, hubiera deducido que la Compañía Nacional de Chocolates S.A., a la luz de las demás normas del contrato de transporte antes analizadas (artículos 1024 inciso 4° y 1008 inciso 3°) no sólo como destinataria estaba legalmente autorizada para hacer valer sus derechos con relación al transportador, sino que también los podía hacer valer en su doble calidad de remitente-destinataria, habría reconocido igualmente que tenía legitimación para exigir la responsabilidad del transportador. Y, como consecuencia de lo anterior, aplicando ya sí los artículos 1670 del C. C. y 1096 del C. de Co., habría deducido que estaba en capacidad de subrogar y efectivamente subrogó esa legitimación en la persona de las aseguradoras subrogatarias de su aptitud jurídica y de todos sus derechos, por haberle pagado éstas a aquélla el valor del siniestro. El resultado final de la correcta apreciación probatoria es la ineludible conclusión de que las aseguradoras demandantes ostentaban ‘*legitimatio ad causam*’ para ejercer la acción que han ejercido contra el transportador por la pérdida de la mercancía y en razón de la subrogación, en que se incluye la legitimación en causa,

que las hizo por ministerio de la ley (artículo 1096 del C. de Co.) la Compañía Nacional de Chocolates S.A. que era la asegurada y a la cual las aseguradoras le pagaron la indemnización del daño causado por la pérdida, en manos del transportador, de la mercancía transportada”.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

10. Reiteradamente ha dicho la Corte que la violación directa de la ley sustancial implica, al contrario del quebranto indirecto de la misma, que por el fallador no se haya cometido error alguno de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba; y que, por tanto, no exista por parte del censor reparo alguno que oponer contra la deducción que en el campo de la situación fáctica hubiese encontrado el juzgador como consecuencia del examen de las pruebas.

11. Fácilmente se deduce de la lectura de la sentencia que en el caso de este proceso estimó el Tribunal de Medellín que la pérdida de los bienes aconteció en la segunda etapa de ejecución del transporte, en la ruta Medellín-Guarne, “o sea durante la conducción de las mercancías”; y sobre esta cardinal afirmación apoyó su fallo desestimatorio, por cuanto consideró luego del análisis de varios medios probatorios, y en especial del estudio de la orden de cargue número 0494 en la que halló que en la convención intervino un remitente distinto del destinatario, que atendido el momento en que ocurrieron los hechos, era aquél y no éste quien estaba legitimado para reclamar las cosas objeto del transporte y, por lo mismo, tampoco estaban legitimadas las pretendidas subrogatarias.

12. *De conformidad con lo establecido por el artículo 981 del C. de Comercio, por el contrato de transporte una persona se obliga, a cambio de un precio, a movilizar de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas, surgiendo para el transportador, según el artículo 982 ibídem, la obligación de conducir las sanas y salvas al sitio acordado.*

*Preceptúa el artículo 1008 ejusdem que transportador, remitente y destinatario son las partes que intervienen en su celebración, aunque con la aclaración consistente en que estos dos últimos pueden ser una misma persona, pues, puede acontecer que en un solo sujeto se confundan las calidades de cargador y consignatario.*

*Exceptuando la existencia de carta de porte, pues en esta hipótesis basta atender la ley de circulación que regula este título y en especial las reglas que gobiernan el principio de legitimación, cuando remitente y destinatario son sujetos diferentes ha previsto el estatuto mercantil que atendiendo las etapas normales que comprende el transporte esto es, la recepción misma de la mercancía, la conducción o movilización de ésta y su entrega, difieren los derechos de uno y otro para disponer de los bienes materia del transporte.*

*En efecto, de manera literal establece el artículo 1023 lo siguiente:*

*“El remitente tendrá derecho a condición de cumplir todas sus obligaciones resultantes del contrato de transporte, a disponer de la mercancía, sea retirándola del sitio de partida o del de destino, sea deteniéndola durante la ruta, sea disponiendo su entrega en el lugar de destino o durante la ruta a persona distinta del destinatario*

designado en la carta de porte o en el conocimiento de embarque o sea solicitando su retorno al sitio de partida, siempre que el ejercicio de tal derecho no ocasione perjuicio al transportador ni a otros remitentes y con la obligación de reembolsar los gastos que motive.

*“En el caso de que la ejecución de las órdenes del remitente sea imposible, el transportador deberá avisarlo inmediatamente.*

*“Si existe carta de porte y el transportador se acoge a las órdenes de disposición del remitente, sin exigirle la restitución del ejemplar negociable entregado a éste, será responsable, salvo recurso contra dicho remitente, del perjuicio que pueda resultar a quien sea legítimo tenedor del original de la carta de porte.*

*“El derecho del remitente cesará en el momento en que comience el del destinatario, conforme al artículo 1024. Sin embargo, si el destinatario rehusa la mercancía, o si no es hallado, el remitente recobrá su derecho de disposición”.*

*Y el artículo 1024 incisos 1º y 3º, dispone:*

*“Salvo los casos indicados en el artículo precedente, el destinatario tiene derecho desde la llegada de la mercancía al punto de destino, a solicitar del transportador que le entregue la mercancía, contra el pago de las sumas a su cargo, de conformidad con el artículo 1009 o a la aceptación de la factura cambiaria, en su caso, y al cumplimiento de las condiciones del transporte indicadas en el contrato de transporte.*

*“Salvo estipulación en contrario el transportador deberá avisar al destinatario la llegada de la mercancía”.*

*Las normas referidas permiten entonces establecer el momento a partir del cual empieza el derecho para el destinatario para reclamar la entrega de la mercancía, esto es, “desde la llegada” de la misma, cesando desde entonces el derecho de disposición del remitente sobre los bienes transportados.*

*Las mismas normas, que en su orden otorgan al remitente la facultad de disposición sobre las mercancías y al destinatario el derecho a reclamarlas desde su llegada, permiten entender que suponen que los bienes no han perecido, que las cosas existen y que el transporte ha sido ejecutado normalmente hasta su segunda etapa, vale decir, que éstas arribaron al lugar de destino, faltando únicamente la entrega de las mismas al destinatario, pues, siguiendo la doctrina expuesta por la Corte en sentencia de 24 de febrero de 1971, “durante la tercer etapa la obligación del portador de entregar las mercancías ya transportadas sólo es exigible por el consignatario...” (CXXXVIII, pág. 148).*

13. Distintas disposiciones regulan lo atinente a la inejecución del contrato. Prevé el artículo 1030 del C. de Co. que “el transportador responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que ella quede a su disposición...”; y el artículo 1024 in fine establece que “si se reconociere por el transportador que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de un plazo de siete días a partir del en que haya debido llegar la mercancía no hubiere llegado, el destinatario queda autorizado para hacer valer con relación al transportador los derechos resultantes del contrato de transporte...”.

*Previa aclaración que la presunta ambigüedad que Prima Facie pudiera presentar la palabra "extravió" utilizada por la última de las disposiciones referidas, queda despejada bajo el recto entendimiento de que el legislador la empleó como equivalente a pérdida de la cosa, por no encontrarse e ignorarse su localización, lo cual bien puede colegirse teniendo en cuenta que el artículo primeramente mencionado deduce la responsabilidad del transportador bajo los supuestos de la falta de entrega ocasionada por la pérdida total o parcial de los bienes, o por la entrega no oportuna de éstos o por los daños causados a los mismos. Observa la Corte que el inciso 4º del citado artículo 1024, en frente a las dos hipótesis allí previstas, también le otorga al consignatario la facultad de demandar del transportista las obligaciones respectivas por la inejecución del contrato.*

14. Habiendo encontrado en el caso presente el Tribunal que la empresa transportadora el 25 de junio de 1982, reconoció mediante comunicación escrita a la destinataria la pérdida de la mercancía, no podía deducir, como equivocadamente lo hizo, que ésta no tenía la facultad de ejercer los derechos emanados del contrato de transporte, ni desconocer la titularidad de las subrogatarias. Al obrar así, quebrantó ciertamente el artículo 1024 del C. de Co., así como las demás normas invocadas por la censura, pues entendió erradamente que en todas las hipótesis en que las mercancías no llegan a su destino carecía el destinatario de la facultad de demandar la indemnización, siendo así que el inciso 4º de esta norma, en los supuestos que ella misma prevé, le concede tal acción indemnizatoria.

En consecuencia, estando demostrado el error de juzgamiento se impone casar la sentencia y proferir la de reemplazo. Sin embargo, la Corte antes de proferir ésta, ejerciendo la facultad que le otorga el inciso 3º del artículo 375 del C. de P.C. decretará pruebas de oficio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

1º CASAR la sentencia de 5 de febrero de 1985 proferida en este proceso ordinario instaurado por las Compañías Suramericana de Seguros S.A., Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Comerciales Bolívar frente a la sociedad Mototransportar Limitada.

2º DECRETAR las siguientes pruebas:

a) Apórtese por la parte demandante los siguientes documentos: 1) La solicitud para seguro de transportes presentada por la destinataria a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. 2) La póliza para seguro de transportes número 10948, con todos sus anexos. 3) Los certificados de constitución y gerencia de las partes y de la Compañía Nacional de Chocolates S.A.

b) A fin de que rindan testimonio sobre los hechos de la demanda y en especial sobre el pago efectuado a la Compañía Nacional de Chocolates, recíbanse los

testimonios de Fabio Rico y Matilde de Mejía B. En la misma diligencia se le pondrá de presente la orden de pago y liquidación del siniestro a la segunda de las citadas.

Para la práctica de prueba comisionase, con treinta (30) días de término, al Juzgado Civil del Circuito de Rionegro. Librese despacho comisorio con los insertos necesarios.

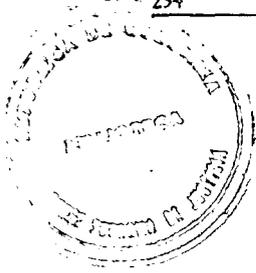
c) Oficiese al Juzgado 22 de Instrucción Criminal de Medellín a fin de que remita a esta Corporación copia idónea de la denuncia penal presentada por Julio César Monsalve.

d) Peritación. Designase a los doctores Mario Albornoz Rangel y Alberto Yepes Mora, para que conceptúen acerca del valor total de las mercancías materia del transporte tanto al momento de su pérdida como actualmente. Comuníqueseles el nombramiento, déseles posesión. Para esta diligencia señálese la hora de las ocho de la mañana (8 a. m.) del segundo (2º) día hábil a su comunicación. Para que rindan el dictamen, señálaseles, diez (10) días a partir de su posesión.

Cópiese y notifíquese.

*José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario



## EXEQUATUR

**Disolución matrimonio canónico. La sentencia proferida en el extranjero, por un tribunal civil, sobre disolución de un matrimonio canónico celebrado en Colombia por colombianos, no puede cumplirse en el país, por tocar tema de orden público. Por tanto se rechaza la demanda de exequatur.**

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Bogotá, D. E., diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad de la demanda formulada por Luis Ignacio Correa Villa y contentiva de una solicitud de exequatur.

### ANTECEDENTES

I) Mediante escrito presentado en la Secretaría de la Corte, solicita el mencionado Luis Ignacio que la sentencia proferida "por el Tribunal del Circuito 15 Judicial de Florida, condado de Palm Beach, produce efectos jurídicos en el territorio nacional" y por tal virtud se disponga su registro en la Notaría Séptima del Circulo de Medellín, en donde se harán las modificaciones correspondientes en el libro de registro civil de matrimonios, para lo cual deberá disponerse los despachos correspondientes.

II) El demandante refiere como presupuestos de hecho los siguientes:

a) El 14 de noviembre de 1975, se registró en la Notaría Séptima del Circulo de Medellín el matrimonio celebrado entre Luis Ignacio Correa Villa y Olga Lucía Gómez Gaviria.

b) Los citados contrayentes concurren ante el Tribunal del Circuito 15 Judicial de Florida, condado de Palm Beach, en donde se decretó el 10 de febrero de 1986 "la disolución del matrimonio".

c) En su sentencia, el mencionado Tribunal, declara lo siguiente: 1º) El matrimonio está totalmente terminado y el vínculo matrimonial queda disuelto; 2º) las partes retienen los derechos y responsabilidades respecto de sus hijos menores,

pero el demandado proveerá "residencia física primaria para sus hijos y el demandante tendrá contacto continuo y frecuente con ellos"; y, 3º la sentencia contiene además la forma como debe liquidarse la sociedad conyugal.

d) Al proceso adelantado ante el Circuito 15 Judicial de Florida concurrieron las partes y se observaron las normas procesales vigentes allí.

#### SE CONSIDERA

1. *Las sentencias extranjeras y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, así como los laudos arbitrales proferidos en el exterior, para que tengan cumplimiento en Colombia, deben sujetarse a todos los requisitos que sobre el particular exige la legislación colombiana.*

2. *En efecto, el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, señala como exigencias ineludibles, las siguientes: a) Que la sentencia o el laudo no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió; b) Que no se oponga a las leyes y otras disposiciones colombianas en orden público, exceptuando las de procedimiento; c) Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada; d) Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos; e) Que en Colombia no haya proceso en curso, ni exista sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales sobre el mismo asunto; f) Que si la sentencia se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen; g) Que se cumpla con el exequatur.*

3. *De los anteriores requisitos, los cuatro primeros deben ser examinados ab initio por el Juzgador, pues dispone el numeral 2º del artículo 695 del Código de Procedimiento Civil, que "la Corte rechazará la demanda si faltare alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1º a 4º del artículo precedente" que corresponden a los literales a) a d) antes referidos.*

4. *Como acaba de verse, uno de los requisitos, para la admisión de la demanda de exequatur, es la de que no se oponga a leyes o disposiciones colombianas de orden público, salvo las de procedimiento. Y esto es apenas obvio, pues el Estado Colombiano, tratándose de normas de ese linaje, que son de acatamiento estricto, no puede subestimarlas. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que las disposiciones referentes al estado civil de las personas son de orden público. "Por tanto, cualquier sentencia extranjera que afecte, ora el estatuto personal (artículo 19 C.C.) o ya el estatuto real (artículo 20 ibidem), incide a la vez en las normas de la jurisdicción nacional y por eso no pueden cumplirse en el país" (Sentencia de 17 de mayo de 1978).*

5. *Como Colombia, por convenio con la Santa Sede, acordó que las causas de nulidad del matrimonio canónico son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica (L. 20 de 1974), estas disposiciones son de orden público.*

6. Como aquí se pretende el exequatur de una sentencia proferida por un Tribunal Civil extranjero respecto de un matrimonio católico de colombianos celebrado en la ciudad de Medellín, tal súplica no es de recibo a términos del numeral 2º del artículo 694 del C. de P.C. Por demás, no aparece constancia de que la providencia pronunciada en el exterior se encuentre ejecutoriada conforme con la ley del país de origen (artículo 694 numeral 3º del C. de P.C.).

7. Lo dicho es suficiente para concluir que debe rechazarse la demanda.

#### RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, resuelve RECHAZAR la demanda de exequatur presentada por Luis Ignacio Correa Villa.

Téngase a la doctora Blanca Oliva Jiménez Vargas como apoderada de Luis Ignacio Correa Villa.

Cópiese y notifíquese.

*José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## ARRENDAMIENTO

Obligaciones del arrendador. Si el arrendador perturba en alguna forma el goce del bien dado en arrendamiento, debe indemnizar al inquilino por los perjuicios que le ocasione.

## SENTENCIA INHIBITORIA

Parcial. Cuando se presente el fenómeno de la indebida acumulación de pretensiones, el juez debe dictar sentencia de mérito en lo pertinente y sentencia inhibitoria en lo demás.

## CASACION

Medio nuevo.

—  
*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D. E., dieciocho (18) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de mayo de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario seguido por la Fábrica de Botones Rosamar y otros contra la Sociedad Papelería Danaranjo Limitada.

### I. EL LITICIO

La Fábrica de Botones Rosamar Limitada —en liquidación—, Armín Markovitz y Rosalía Farkasova de Markovitz, demandaron a la Sociedad Papelería Danaranjo Limitada, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se declare que ésta incumplió el contrato de arrendamiento celebrado el 2 de noviembre de 1970, por perturbación en el goce de la cosa arrendada, con la consiguiente

indemnización de perjuicios, a regularse de acuerdo con la previsión de los artículos 307 y 308 del C. de P. C., concediéndoles el derecho de retención. Así mismo solicitaron la declaración de terminación del mencionado contrato, por incumplimiento de la arrendadora, y se le condene a recibir de los arrendatarios los locales objeto del negocio, dentro de los diez días siguientes al pago de los perjuicios o se asegure el pago. Y costas a cargo de la parte demandada.

Los hechos fundamento de la *causa petendi* se pueden resumir así:

Que los demandantes suscribieron con la sociedad Roberto Collins y Cia Ltda., un contrato de arrendamiento sobre los locales 13-73 y 13-79 de la carrera 9ª de la ciudad de Bogotá, debidamente alinderado, que luego le fuera cedido por la sociedad arrendadora a la demandada.

Que el término de duración del arrendamiento fue de sesenta meses contados a partir del 1º de noviembre de 1970, y por no haberse dado el aviso de que trata el artículo 520 del Código de Comercio se entendió prorrogado por igual término.

Que se convino destinar los locales para almacén de mercancías, restaurante e industria.

Que los demandantes han cumplido con todas sus obligaciones.

Que sin previo aviso en el mes de diciembre de 1977 la sociedad arrendadora procedió a demoler el edificio en el cual se encontraban ubicados los locales objeto del contrato de arrendamiento "dejándolos materialmente sitiados mediante la colocación de cercas o cerchas que obstaculizaron el paso por la acera de la carrera 9ª sobre la cual dichos locales se encuentran ubicados", que la demolición incluyó el desmantelamiento de los pisos superiores, locales y dependencias laterales, además de la obstaculización del libre tránsito de las personas por las aceras en las cuales se encontraban localizados los locales y ocasionó serias inundaciones, agrietamientos, etc.

La Sociedad Papelería Danaranjo le dió contestación a la demanda, con oposición a todas las pretensiones de la parte actora, y con proposición de las excepciones que denominó "de inexistencia de la obligación", "carencia de acción", "abuso del derecho", "enriquecimiento sin causa", y "mala fe de la parte actora".

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, que por repartimiento conoció del asunto, mediante sentencia de 2 de septiembre de 1985 declaró no probadas las excepciones propuestas y declaró que la sociedad demandada incumplió el contrato de arrendamiento en mención, condenó a la sociedad demandada al pago *in genere* de los perjuicios causados, liquidación que se hará de conformidad con lo previsto en el artículo 308 del C. de P.C., negó el derecho de retención, dió por terminado el citado contrato y dispuso que la arrendadora debía recibir los locales y condenó en costas a la parte demandada.

Inconforme la sociedad demandada, interpuso recurso de apelación y el Tribunal Superior de Bogotá, una vez agotada la correspondiente tramitación, con sentencia de 29 de mayo de 1986, confirmó la decisión del *a quo*, con excepción de los puntos atinentes a la terminación del contrato y a la orden de recibo de los locales.

La misma parte demandada formuló recurso de casación.

## II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relacionar brevemente los antecedentes del litigio, el tribunal precisa que la responsabilidad que se alega en el proceso es la contractual y, por tanto, identifica que la normatividad aplicable es la atinente a los negocios jurídicos. De esa manera corrige la dubitativa posición del *a quo* sobre el particular.

Sobre esa base entra a reflexionar si la demandada, como arrendadora, causó perjuicios a los demandantes, como arrendatarios, para lo cual estima que es conveniente saber si aquélla incumplió el contrato.

Comenta los distintos textos del código civil que señalan las obligaciones de los arrendadores para llegar a la conclusión que, en verdad, existió perturbación en el goce de los locales, destinados para fábrica y venta de botones, no obstante no se estorbó físicamente la tenencia: "lo cierto es que con la demolición y cerramiento del edificio donde se hallaban los locales, los arrendatarios sufrieron disminución o mengua en sus ventas, tal como lo establecieron las pruebas practicadas: experticios, testimonios, exhibición de libros de contabilidad".

No encuentra el tribunal causal de exoneración de responsabilidad en la parte demandada; por el contrario la culpa en ésta la sitúa con esta precisión:

"En el caso que aquí se estudia la obligación incumplida por el arrendador demandado Danaranjo, consistió en haber realizado los actos de demolición de que se ha dado cuenta, obligación de no hacer, que consistía en abstenerse de perturbar o embarazar al arrendatario en el uso y/o goce de la cosa procurada en arrendamiento".

Encuentra probado el daño sufrido por los demandantes a través de las pruebas anteriormente citadas.

Pero advierte más adelante:

"Habrá de declararse el Tribunal inhibido parcialmente para fallar, en el aspecto concreto que se refiere a la orden de que el arrendador reciba el inmueble, pues, el C. de P. C., en forma expresa preceptúa en el artículo 435, que el proceso para que el arrendador le reciba la cosa al arrendatario, es el abreviado y no el ordinario. De manera que hubo una indebida acumulación de pretensiones en la demanda al solicitar que por una misma vía procesal se ordenara al arrendador indemnizar y recibir la cosa arrendada. Como la anomalía anterior no fuera ordenada corregir por el Juzgado, oportunamente y por el contrario en la sentencia se acogieron todas las pretensiones, se revocará la parte del fallo que ordenó al arrendador recibir los locales".

Y concluye:

"Por cuanto en el proceso de la referencia se demostró: la existencia del negocio jurídico de arrendamiento; el incumplimiento por parte de la arrendadora-demandada de la obligación contractual de no perturbar al arrendatario en el uso y/o

goce de los locales arrendados; que el arrendatario-demandante sufrió perjuicios y que éstos tuvieron como causa el incumplimiento de la obligación anterior; se confirmará la sentencia apelada en lo pertinente, tal como fue aclarada, y se condenará en costas a la parte actora, quien sin éxito recurrió en apelación”.

### III. LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

En seis cargos presenta el recurrente su impugnación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dos por vicios *in procedendo* y los restantes al amparo de la causal primera de casación. Y en el orden que la lógica impone, tal como lo previene el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, serán estudiados.

#### *Quinto cargo*

Dentro del ámbito de la causal cuarta del artículo 368 del C. de P. C., se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por quebranto del principio prohibitivo de la *reformatio in pejus* al hacer más gravosa la situación de la parte demandada, única apelante de la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá.

En procura de demostrar el *yerro in procedendo*, y luego de hacer una breve reflexión sobre el principio en comento, sostiene el recurrente que el juzgador de primer grado, además de imponer la condena al pago de los perjuicios y de negar el derecho de retención, declaró terminado el contrato de arrendamiento y dispuso que la sociedad demandada debía recibir los locales objeto del contrato. Y fue, precisamente, la parte demandada la única que mostró inconformidad con la decisión del *a quo* y el Tribunal, con todo, decidió revocar los puntos atinentes a la terminación del negocio jurídico y a la restitución de los locales, haciendo más gravosa la situación del apelante “lesionando con ese proceder el interés jurídico del impugnante del fallo de primer grado”.

Y concluye el censor:

“Y que las dos resoluciones de la sentencia de primer grado, que fueron infirmadas por el Tribunal, eran favorables para la demandada es indiscutible, desde luego que con ellas se declaraba terminado el contrato de arrendamiento y se ordenaba la restitución de los locales arrendados, o sea, que con ellas la sociedad ‘Papelería Danaranjo Ltda.’, obtenía, previo el pago de la indemnización, lo que no ha logrado obtener, queriéndolo, desde hace más de diez años. Porque de mantenerse vivas esas dos resoluciones de la sentencia de primera instancia, como corresponde para no desbordar el campo que al juez de la apelación le demarca el precitado artículo 357, el arrendador lograría la restitución de los inmuebles y se tornaría inocuo un proceso de lanzamiento, que ha sido imposible tramitar durante algo más de un decenio”.

#### SE CONSIDERA

Entendió el Tribunal que al pronunciarse el *a quo* sobre la terminación del contrato de arrendamiento y disponer, consecuentemente, la restitución de los inmuebles, había decidido sobre unos extremos que no le era dable hacerlo puesto que la indemnización deprecada cumplía con la ritualidad del proceso ordinario

mientras que la restitución de la cosa arrendada se debía tramitar por un proceso abreviado, particularmente, de acuerdo con las reglas del artículo 435 del C. de P. C.

El reconocimiento que hace el ordenamiento adjetivo del llamado principio prohibitivo de la *reformatio in pejus* tiene su sustento jurídico en que pretende evitar que, en virtud de la apelación, se pueda alterar o modificar lo resuelto por el juzgador de primer grado con agravación de la situación del impugnante, puesto que el recurso se tiene interpuesto en frente de la decisión desfavorable para aquél, salvo que sea indispensable pronunciarse sobre puntos relacionados con la sentencia. Algo más, como una reiteración de la prohibición en comento, dentro de las causales de casación el artículo 368-4 permite recurrir extraordinariamente cuando la sentencia contiene "decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación".

Se observa en el asunto que se examina que la sociedad demandada, al contestar el escrito introductor, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del demandante; tampoco hizo distinción alguna sobre los extremos del *petitum*. Y lo cierto es que el juzgador de primera instancia accedió a las súplicas sin hacer reserva en derredor de los puntos sometidos a su actividad y decisión.

Del fallo recurrió la parte demandada, quien mostró así mismo inconformidad con todo lo resuelto por el *a quo*, sin limitación o reserva de ninguna especie.

Esas circunstancias reflejan una situación que le resta posibilidad a la reforma en perjuicio, alegada, puesto que si la sociedad demandada se ha presentado al proceso con rechazo a los puntos controversiales no puede sostener en casación que el sentenciador de segundo grado incurrió en un agravio de sus intereses cuando se inhibió alrededor de dos de los extremos de la petición de la actora. Con ese pronunciamiento, simplemente el Tribunal dejó intacta cualquier disputa sobre el particular. Al no pronunciarse, la situación pertinente a la terminación del contrato y a la restitución de los inmuebles arrendados no desmejora, por ese hecho, a la parte demandada.

Más todavía: si se le da a la providencia la inteligencia debida se tiene que concluir que la parte inhibitoria integra uno de los supuestos que obliga al juzgador a verificar al momento de pronunciarse sobre el asunto que se le somete a su decisión, por constituir al mismo tiempo, uno de los casos que debe ser examinado por el superior si el inferior no lo hace en su oportunidad o no fue propuesta como excepción. La extensión jurisdiccional del tribunal, abarca, por tanto, los puntos tenidos en cuenta en la sentencia.

Si el Tribunal al examinar los presupuestos sustanciales dedujo que se operó el fenómeno de la incorrecta acumulación de pretensiones, y así lo declaró, excluyendo de la decisión de fondo el punto concerniente a una declaración que no podía hacerse por corresponder a una imputación indebidamente presentada al proceso, no se ofrece la reforma en perjuicio por constituir un requisito de decisión esa verificación.

Por último, válida la observación de que la parte demandada al sustentar la apelación atacó el fallo de primera instancia en su totalidad, pidiendo su revocatoria.

O sea, que su impugnación se orientaba a todos los puntos de decisión. Y si el *ad quem* se inhibió en un aspecto no pudo desmejorar la situación del recurrente, puesto que para llegar a esa conclusión tuvo que revocar parcialmente la sentencia del juzgado.

Lo dicho es suficiente para denegar el cargo.

#### *Sexto cargo*

Con estribo en la causal 5ª de casación se denuncia la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por nulidad procesal de que trata el artículo 152-2 del C. de P. C. que “presenta la actuación de la segunda instancia a partir del auto de 11 de julio de 1986, mediante el cual so pretexto de aclarar una de las resoluciones de su propio fallo el *ad quem* revocó éste para tomar la contraria”.

En el desarrollo de la censura, el recurrente afirma que “Mediante el numeral 3º de la parte resolutive de su sentencia de 29 de mayo de 1986, el Tribunal de Bogotá decidió ‘Condenar en costas a la parte demandante’ ”.

“Pretendiendo que esta específica condena se impusiese no a la parte demandante sino a la demandada, aquélla lo pidió así solicitando aclaración de esa resolución, que el Tribunal evidentemente acogió y lo decidió en conformidad con lo deprecado por el aclarante, mediante su auto de 11 de julio de 1986” (fls. 33, 38 y 39 Cuad. número 7).

“O sea que, so pretexto de una aclaración, el Tribunal revocó, sin tener ya competencia para ello, una resolución del fallo y en su lugar tomó la contraria, con indiscutible desbordamiento del campo trazado por el artículo 309, citado, que con diamantina claridad preceptúa que ‘La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció’ ”.

“Ese desbordamiento del Tribunal implicó el ejercicio de una competencia que ya se le había agotado, y, por ende, estructura nulidad de la actuación como lo prevé el numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil”.

#### SE CONSIDERA

Dispone el artículo 392 del C. de P. C. que la parte vencida en el proceso o la que pierda el incidente de apelación, casación o revisión que haya propuesto, será condenada al pago de las costas en favor de la contraria aunque no haya mediado solicitud. Y lo cierto es que la parte vencida en ese proceso lo ha sido la demandada. Por el contrario, la triunfante ha sido la sociedad demandante.

Al proferir el auto de 11 de julio de 1986, el Tribunal, en puridad, trató de enmendar un error originado en la parte resolutive de la sentencia cuando al imponer la condena en costas del proceso dijo, que eran a cargo de la demandante en vez de indicar a la parte demandada, a la postre vencida, puesto que las pretensiones resultaron prósperas.

Inclusive el apoderado de la parte demandante, dentro del término legal para lograr una aclaración del fallo, solicitó que así se hiciera, como al final aconteció.

Entonces, el proveído de 11 de julio se profirió para superar la impropiedad que se derivó de la indicación errónea de la parte a cuyo cargo procedía el deber de cubrir las costas. El entendimiento impuesto por el *ad quem*, pues, a la situación planteada fue simple: la equivocada mención de la parte obligada a las costas no podía sostenerse y prefirió con ello enmendarla a manera de aclaración. Y en este campo procedió con sujeción al mandato procesal que indica a cargo de quién son las costas.

No se puede, por tanto, convenir que, al haber proferido el Tribunal el auto en estudio, se haya viciado el procedimiento a partir de ese momento, por cuanto la actuación encuentra respaldo en las normas procesales que impiden el desbordamiento aducido por el censor y constitutivo a su juicio de nulidad. La competencia la conservaba el Tribunal a cabalidad para restaurar la errónea expresión de la sentencia que fácilmente podía ser aclarada sin quebranto de derecho alguno y sin menoscabo de los legítimos intereses de las partes. O, por medio de la conducta procesal, de estimar que la pieza cuya irregularidad se arguye no podía tener la fuerza adjetiva para soportar su mantenimiento.

No se ofrece la nulidad alegada. El cargo es impróspero.

#### *Primer cargo*

Se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá “de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1613, 1614, 1982 ordinal 3º, 1986 en sus incisos 3º y 4º y 1987 del Código Civil; 518, 520, 822, 830 y 864 del Código de Comercio; y de los textos 304 inciso 2º y 307 del de Procedimiento Civil. Y de los artículos 82 numeral 3º, 75 numeral 5º, 85 numeral 3º y 97 numeral 5º de esta última codificación, los dos primeros por interpretación errónea y los dos últimos por falta de aplicación”.

Inicia el recurrente la censura con unas disquisiciones sobre la pretensión y el papel que cumple la demanda en el proceso, para tratar sobre la acumulación en sus distintas formas que limita, por la incompatibilidad que origina, el éxito de la demanda, para llevar a un pronunciamiento inhibitorio.

Y asevera el censor enfrentándose a las consideraciones y pronunciamientos del Tribunal que éste vio que la demanda trae acumulada pretensiones que no tienen identidad de trámite, interpretándola en su verdadero contenido. Pero “erradamente consideró sin embargo el Tribunal; y es aquí donde reposa el yerro *juris in judicando* que denuncia, que esa indebida acumulación de pretensiones que encontró no le vedaba escindir la demanda incoativa del proceso para dictar una sentencia híbrida: de mérito frente a la pretensión indemnizatoria de perjuicios e inhibitoria, relativamente a las referentes a terminación del contrato de arrendamiento y la consecuen- cial restitución del bien arrendado. Y sea, que por malinterpretar los artículos 75, numeral 5º y 82, numeral 3º del C. de Procedimiento Civil, estimó equivocadamente que la demanda, que es acto único, como es única la relación procesal que ella genera, a pesar de su unicidad es posible dividirla para considerarla inepta en parte y parcialmente en debida forma”.

## SE CONSIDERA

Es evidente que el Tribunal observó que en la demanda se acumularon pretensiones que no podían tramitarse por el mismo proceso; la indemnización encontraba su cauce ritual por las reglas del ordinario, en cambio, lo pertinente a la restitución por el abreviado, concretamente por los artículos 434 y 435 del C. de P. C., y frente a esta situación fue cuando creó conveniente llegar a una decisión inhibitoria sobre esto último. El recurrente, ante esta situación y compartiendo todas las apreciaciones en el campo probatorio hecha por el *ad quem* combate la sentencia para que fuese inhibitoria total y no parcial como se hace visible en la providencia que se revisa.

El Tribunal, entonces, concretó la controversia en el plano de la indemnización deprecada, propia la *litis* en el campo de rito ordinario. Por eso mismo excluyó decidir el fondo en los otros extremos planteados por la parte demandante. Frente a lo primero impuso la condena, ante lo segundo se inhibió.

*Dijo la Corte sobre los alcances de la inhibición parcial en un asunto de mayor complejidad al que ahora se examina:*

*“En cambio, cuando por no haberse aplicado oportunamente alguno de los remedios procesales antes comentados, el sentenciador encuentra que la actuación es válida y está debidamente tramitada pero que carece de competencia para decidir sobre una o más de las súplicas principales, aunque sí la tiene para pronunciarse sobre las otras, puede muy bien dictar sentencia y decidir sobre el mérito de las pretensiones respecto de las cuales es competente e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás.*

*“Esta situación suele presentarse cuando en una misma demanda se han formulado peticiones dentro del campo de la competencia de la justicia ordinaria y otras ajenas a ésta por estarlo dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es claro que tal acumulación es indebida y que por tanto el juez habría podido rechazarla de conformidad con el numeral 3° del artículo 85 del C. de P. C., o que el demandado habría podido también pedir reposición del auto admisorio respectivo o proponer la excepción previa correspondiente, según el numeral 5° del artículo 97. Sin embargo, si nada de ello ocurrió, y por el contrario, la *litis* se tramitó legalmente hasta quedar en estado de recibir sentencia, surge entonces el dilema que se plantea en el negocio que ahora se estudia: por razón de esa indebida acumulación de pretensiones la sentencia debe ser totalmente inhibitoria, como lo pretende el recurrente, o tal inhibición puede ser parcial, como lo arguye el opositor, en cuanto a las súplicas para cuya decisión el juez carece de competencia y al mismo tiempo de mérito respecto de aquéllas para las cuales sí la tiene.*

*“La jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por el segundo extremo de la alternativa propuesta, es decir por la inhibición parcial, ya que por otra parte, ese tipo de acumulación de pretensiones no acarrea la invalidez del proceso. En efecto, de acuerdo con el principio de la especificidad, no cabe anular una actuación por motivos distintos de los que taxativamente enumera la ley, ni cabe tampoco aplicar éstos, por analogía, a casos no contemplados expresamente en las normas legales” (G.J. CLI).*

Entonces, si la decisión del *ad quem* es pertinente, en los términos anotados, no se puede ofrecer quebranto de los textos sustanciales acusados en la censura. Se deniega el cargo.

### *Segundo cargo*

También con apoyo en la causal primera de casación se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá “de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 518, 520 y 2038 del Código de Comercio, 1613, 1614, 1982 ordinal 3º, 1986 en sus incisos 3º y 4º del C. Civil; y de los textos 1602, 1603, 2005 inciso 1º, 2006, 2008 en su inciso 2º, 2012 y 2014 en sus incisos 2º y 3º del Código Civil, todos estos últimos por falta de aplicación”.

Comienza el recurrente con una precisión conceptual: las leyes tienen efecto y aplicación para el porvenir y no para el pasado, a menos que se diga expresamente lo contrario, “lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición”.

Afirma así mismo que el Tribunal dio por sentado, en lo que no alteró el contenido del contrato de arrendamiento, que se ajustó el 2 de noviembre de 1970, sólo que para regularse sus efectos y su terminación aplicó el artículo 520 del Código de Comercio con olvido de que por expreso mandato del artículo 2038 *ibídem* solamente entró a regir el 1º de enero de 1972, o sea, después de celebrado el negocio que generó el litigio.

En esas condiciones, para el recurrente, el principio de la irretroactividad de la ley debe tenerse en cuenta la situación que se examina y, por lo tanto, no se podía acudir a los preceptos del Código de Comercio para aplicarlos pues no regía para la época de celebración del contrato de arrendamiento. “Tenía –dice el censor–, que dársele el tratamiento jurídico que para dicha clase de convención consagraba el Código Civil, para precisar, si al respecto el contrato no la establecía expresamente, la fecha de terminación del contrato, que sí lo hizo”.

Y enfatiza el recurrente: “En la cláusula Décima Primera de dicho pacto los contratantes acordaron, y así lo consignaron expresamente, que el arrendador debería dar aviso ‘por escrito al arrendatario, si desea o no remover o prorrogar el contrato’, con 30 días de plazo ‘antes de expirar el término estipulado... o de las prórrogas’; y que, en el caso de que no se diese tal aviso escrito, ‘el contrato se considerará prorrogado indefinidamente pero por períodos de un mes’ ”.

“Estipulación contractual que no se aplicó, no porque el Tribunal no la hubiese visto, sino porque estimó que por encima de ella estaba lo dispuesto por el precitado artículo 520 del C. de Co., olvidando que así quebrantaba el principio de la irretroactividad de la ley.

“Y para el supuesto de que no correspondiera aplicar la ley del contrato, que sí procedía según lo imperado por los artículos 1602 y 1603 del C. Civil, entonces debía acatarse lo estatuido por el artículo 2014 *ejusdem*, según el cual al arrendador le asiste el derecho de exigir la restitución del bien arrendado a la terminación del contrato, o

su renovación, aunque en el caso de reconducción tácita 'se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos...' (subrayo).

"Sea que se acoja el supuesto fáctico previsto por la norma legal precitada inmediatamente, o ya el expresado por voluntad concorde de las partes en el documento en el que se plasmó el contrato, es lo cierto que la entidad aquí demandada, como ya lo había hecho su cedente, le hizo saber a los arrendatarios su voluntad, de no prorrogar el pacto, pues en comunicación de 27 de septiembre de 1976, les comunicaba que 'los arrendamientos deben ser consignados en la forma que lo están haciendo, pero a favor de Papelería Danaranjo'. Paladina y terminante manifestación ésta que les demostraba el interés de la arrendadora de no renovar por más tiempo el contrato, pues no otro significado puede darse a su negativa de recibir la renta siguiente".

#### SE CONSIDERA

La crítica impugnativa la concentra el recurrente en el principio reconocido en el ordenamiento positivo nacional de la irretroactividad de las leyes, más concretamente en la circunstancia de que habiendo visto el Tribunal que el contrato de arrendamiento fue celebrado con anterioridad a la vigencia del nuevo Código de Comercio le dio aplicación a las reglas de este ordenamiento al caso que se controvierte en el asunto que se examina.

Sea lo primero de advertir que en parte alguna el Tribunal aplicó las normas del estatuto mercantil vigente; la referencia que hizo del artículo 520 del Código de Comercio fue para rechazar la causal eximente de responsabilidad derivada del aviso, previsto en dicho precepto, dado, precisamente, por la parte demandada, como arrendadora, para concluir que, en el evento de que se hubiera cumplido con el desahucio allí incorporado, legitimaba para demandar la restitución con apoyo en facultad que le confiere el ordenamiento mercantil. Es decir, el *ad quem*, al hacer la mención del artículo 520, no se comprometió, en su actividad, a llevar la disputa con sujeción a las reglas comerciales sino que definió la controversia en el ámbito estrictamente civil. Basta con revisar la sentencia, los textos que se comentan, para sentar, con rapidez, esta conclusión.

En esas condiciones, si el Tribunal no aplicó norma alguna del estatuto comercial, por eso carece de fuerza los reparos que hace el recurrente sobre la infracción de los textos sustanciales acusados, puesto que, se repite, en momento alguno, lo incorporó en su actividad de juzgador.

Por último, conviene observar que el censor reclama sobre la irretroactividad de las leyes, para concretarla a la situación negocial objeto de la *litis*, pero no se detiene en censurar el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, ni el artículo 2036 del Código de Comercio, que son normas que permiten abrirle el camino a la acusación y completar, de esa manera, la proposición jurídica. Ha dicho esta Corporación sobre la materia:

"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 se llama proposición jurídica completa” (Sentencia de 15 de febrero de 1974).

No hay pues, lugar a la prosperidad del cargo.

### *Tercer cargo*

Se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de ser “indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1613, 1614, 1982 ordinal 3º, 1986 en sus incisos 3º y 4º, y 1987 del Código Civil; 518 y 520 del de Comercio, lo mismo que del 307 del Código de Procedimiento Civil; y de los textos 1602; 1603, 2005 inciso 1º, 2006, 2008 inciso 2º, 2012 y 2014, incisos 2º y 3º, de la codificación primeramente citada, todos éstos por inaplicación, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho en que incurrió el *ad quem* en la apreciación de la prueba aducida para justificar los perjuicios”.

El recurrente, con unas reflexiones sobre los principios que informan los perjuicios y en especial el que enuncia la carga de la prueba afirma: “Quien demanda judicialmente la indemnización por el perjuicio que dice haber sufrido le incumbe demostrar, en todo caso el daño cuya reparación deprecia y su cuantía” ... “lo cual significa que al momento de decidir sobre esa pretensión indemnizatoria el juez tiene que cumplir un proceso lógico integrado por dos etapas: la primera, se dirige a examinar si están demostrados los hechos fundamentales de los perjuicios reclamados por el demandante; y la segunda, en la cual, después de aceptada en abstracto esa obligación, entra a fijar su importe en cantidad líquida o a establecer, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación posterior”.

Le enrostra el casacionista tres grupos de yerros al Tribunal: a) por errónea apreciación en la inspección judicial extraprocesal y del dictamen pericial rendido en ella; b) errónea apreciación del dictamen pericial rendido en el proceso, y; c) errónea apreciación de los testimonios.

En cuanto al primer yerro fáctico aduce el censor que el Tribunal no vio que en la diligencia de inspección judicial se constató que “la obra que se está haciendo en el edificio está independizada de los locales 13-75 y 13-79; que en el primero está en normal funcionamiento la fábrica y almacén de Botones Rosamar”; y que “no hay huellas de que la obra o refacción que se ha descrito esté alterando directamente a los locales, ni en los muros ni en el techo”.

De ese grupo de errores enjuicia el censor el dictamen de los peritos “que si bien conceptuaron que la demolición, ‘efectivamente está causando perjuicios’ en los locales ‘por la disminución de su capacidad de venta’, la que explican con el cuadro comparativo que sacaron de los datos que les dio la parte arrendataria, no puede perderse de vista que tal peritación está huérfana de fundamentos y se encuentra edificada sobre un cuadro comparativo de las ventas que a petición suya les dio la parte demandante”.

La errónea apreciación del dictamen pericial lo hace consistir el impugnante en que carece de los atributos de coherencia, precisión y claridad, por lo cual el Tribunal contrarió su objetividad. Dice el recurrente “porque desviaron el objetivo de la

pericia que además de examinar los libros, debían analizar 'nóminas', 'facturación... relacionados con la producción y venta de botones', lo que en verdad no hicieron, o por lo menos de ello no hablan en su concepto; y la desviaron además por cuanto no se limitaron a examinar los libros y los asientos en éstos registrados de septiembre de 1976 a septiembre de 1980, como se decretó, sino que la extendieron hasta el año de 1983, inclusive, en su cuadro comparativo, por lo que la tasación del perjuicio que hacen hasta la fecha de presentación de su dictamen, o sea diciembre de 1984, la fijan en algo más de \$5.000.000.00.

"Porque si al desgaire se mira el capítulo de utilidades que trae este dictamen y a vuelo de pájaro se suman las partidas que dan al decrecimiento por tal aspecto durante los 8 años a que él se refiere, apenas sí se obtiene un total de algo más de \$600.000.00 que se habrían dejado de ganar por los demandantes, cifra que dista y en mucho del monto del perjuicio que ellos dan. Le falta pues precisión y claridad al dictamen, y su fundamentación se limita a lo que vieron en los libros de la parte interesada, cuyos asientos se hicieron en su mayoría después de practicada la diligencia de exhibición, por todo lo cual no da garantía de certeza y por ende queda menguada su fuerza persuasiva".

Afirma el recurrente que el Tribunal al haber malinterpretado el contenido de los testimonios recibidos a instancia de los demandantes, también encontró equivocadamente demostrado el perjuicio como elemento de la responsabilidad civil reclamado por éstos, porque si se analizan detenidamente no son concretos en las afirmaciones sobre la causación de perjuicios ciertos y directos, sino que hablan de inferencias, posibilidades o creencias sin dar razones atendibles. Y sobre esta crítica hace comentarios a las declaraciones de Arcadio Santamaría, Alejandro Valentino Dacosta, Meer Lerner, Antonio Jaramillo, Eduardo Salcedo, Luis Jorge Gómez, Hugo Melo y Ricardo Ernesto Fernández.

Y sostiene que lejos de ser cierto, actual y directo el daño "tomaría el carácter eminentemente eventual y posible. Se trataría de una ganancia frustrada".

#### SE CONSIDERA

El Tribunal, rectificando al *a quo*, ubicó la responsabilidad de la sociedad demandada en el campo estrictamente contractual apartándose, consiguientemente, de la extracontractual, no obstante advertir que para uno y otra pueden jugar los mismos factores para establecer la obligación de reparación del daño.

Además, concretó la responsabilidad alrededor del contrato de arrendamiento existente del cual el locador desatendió su deber de permitir el goce normal de la cosa y evitar, así, cualquier embarazo o entramiento en el disfrute de los inmuebles arrendados. La conducta antijurídica la destaca, pues, en el cerramiento del edificio del que forman parte los locales y en la demolición adelantada sobre la parte restante del mismo. Y de ese comportamiento negocial del arrendador derivó la consecuencia: la disminución de las ventas de los establecimientos instalados sobre los inmuebles. Del nexo causal entre esos factores dedujo, entonces, la responsabilidad de la sociedad demandada.

*El arrendador, no puede valerse por sí o por interpuesta persona para entorpecer el goce de la cosa entregada a título de tenencia, puesto que el interés positivo del arrendatario, para el caso concreto de acreedor, se forja o estructura precisamente en el uso acorde para lo que ha sido arrendada. El respeto, por tanto que aquél debe, no se limita a entregar la cosa sino que se extiende a que el aprovechamiento o utilización descansa sobre los designios del contrato. Y la perturbación no debe recaer siempre sobre el bien arrendado. Puede provenir de otros hechos de fácil identificación que muestren restricción de uso, como el cerramiento de un inmueble o la demolición, siempre y cuando se refleje en una disminución en los resultados queridos del contrato y si es del caso ya alcanzados. Por eso el artículo 1986 dice que "el arrendador, en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella". Entonces, es claro el deber que tiene el arrendador de la permisión del disfrute normal del bien arrendado, a no ser que se trate de reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse ante lo cual puede exigir una rebaja en el precio en proporción a la parte que afecta el uso o darlo por terminado si compromete su interés contractual, pero con indemnización de perjuicios.*

Ahora bien, se evidencia, como lo anotó el Tribunal, que las perturbaciones originadas en el cerramiento y demolición de parte del edificio alteraron las condiciones de uso del arrendatario, no de cualquier grado sino el suficiente para disminuir el rendimiento comercial de los establecimientos allí instalados, o sea, el daño resarcible.

*La desatención de un contrato y la correlativa inobtención de los resultados queridos por la parte demandante, por la injurídica conducta del deudor, sirve de sanción mediante la indemnización de los perjuicios, cuyo monto y especie deben mostrarse para ser impuestos bien de manera concreta ora en abstracto. Al demostrarse, como se hizo, que hay una privación de las ventajas que supone la prestación normal a cargo del arrendador no hay duda que se debe reparar el daño. Solo que su cuantificación, como lo consideró el a quo y que el Tribunal confirmó, debe hacerse por los trámites incidentales.*

Ahora bien, las pruebas que el recurrente denuncia, los errores *facti in iudicando*, sirven para mostrar que se produjo el cerramiento y la demolición alegados, en detrimento de los intereses de la demandante en su calidad de arrendataria, esto es, directo o proveniente de la parte obligada a no incurrir en el quebranto del deber de permitir el uso de los bienes, es decir, de evitar cualquier perturbación o embarazo, y la certeza en la disminución del rendimiento de los establecimientos instalados sobre los inmuebles.

Así, en la inspección judicial extrajudicial se aprecia: la demolición del edificio donde se encuentran los locales, distinguido con el número 13-87 y "se ha producido una interrupción de la calzada de peatones inmediatamente contigua al local número 13-79 dando lugar a un punto muerto donde aparecen basuras y desperdicios, y aun materias fecales". Esto se convierte, entonces, en una perturbación del goce de los bienes arrendados. Y la circunstancia de que el juzgado que practicó la diligencia hubiese dejado la constancia que la obra que se está adelantando en el edificio "está

independizada de los locales examinados que están funcionando” o que “no hay huellas de que la obra o refacción que se ha descrito esté alterando directamente a los locales, ni en los muros ni en el techo”, pasajes que le sirven al censor para endilgarles yerro fáctico, no contradice la conclusión del sentenciador de segundo grado, puesto que éste concluyó que la perturbación y, por ende, el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandada, no obedecía a trabas que impedían el goce directo de los locales sino a hechos que le restaban el uso normal, particularmente para el logro de los fines del arrendatario en la explotación del negocio.

Y los peritos que dictaminaron en ese entonces, son enfáticos en concluir que la demolición causó perjuicios a los arrendatarios puesto que constataron que se redujo su capacidad de venta.

Es decir, por un lado se indicó el factor determinante del incumplimiento, o sea la perturbación en el uso como consecuencia de la demolición, y por el otro, se advirtió que ese hecho restaba capacidad comercial a los negocios de los arrendatarios.

En cuanto hace al dictamen pericial rendido en el proceso y que según el recurrente no tiene el atributo requerido para aceptarlo como tal, basta con decir, que la fuerza de convicción impuesta por el sentenciador a una prueba de este linaje sólo puede ser descalificada cuando sea manifiesto el yerro pero no cuando se aspira a imprimirle unos supuestos objetivos de apreciación que se distancian del dado por el juzgador. El dictamen, en verdad, es amplio; recoge una información ilustrativa de especial significado, de suerte que la conclusión sobre los perjuicios, en cuanto los peritos encontraron probada la afectación negocial, no puede ser modificada ahora en casación, porque el Tribunal la tuvo en cuenta para localizar el daño resarcible, mas no su cuantificación.

Y en lo que respecta a los testimonios, éstos no sirven en realidad para probar intrínsecamente los perjuicios pero sí se convierten en medios corroborantes sobre el particular en la medida que precisan sobre la perturbación en el goce de los bienes arrendados.

Para que un yerro de hecho en casación pueda llevar al quebranto de los textos sustanciales se requiere que sea evidente, esto es, que al romper se aprecie la equivocada apreciación del sentenciador. Cuando no ocurre esto, la sentencia asistida de la presunción de acierto, se mantiene incólume.

No prospera, por lo dicho, el cargo.

#### *Cuarto cargo*

Se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, “de ser indirectamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 63, inciso 2º; 1604, inciso 1º; 1999 y 2357 del Código Civil, como consecuencia del manifiesto error de hecho en que incurrió el *ad quem* en la apreciación de las pruebas del proceso, que demuestran la culpa de los demandantes en la causación del perjuicio indemnizable”.

Inicialmente traza el recurrente una línea conceptual: es posible que la conjunción de varios acontecimientos sea la causa del perjuicio, o sea, la concurrencia de culpas para deducir o establecer la responsabilidad.

Sobre esa noción arguye el censor que en el evento de que se llegue a dar en el asunto en estudio por establecida la culpa imputable a la sociedad demandada fue compartida por la imprudencia e incuria con que actuaron los demandantes pues estaban en mora de entregar los inmuebles arrendados al arrendador. Y esta actuación culposa es la que, para el recurrente, no fue vista por el Tribunal, para lo cual denuncia los errores de hecho sobre: la preterición de toda la actuación policiva surtida en la Inspección 17A Distrital de Policía; preterición, así mismo, de la declaración de los demandantes Rosalía Farkasova y Armín Markovitz; la mala interpretación de las cartas de 27 y 30 de septiembre de 1976 dirigidas por "Danaranjo Limitada", como las dos comunicaciones telegráficas de 16 y 24 de abril de 1980.

Y sostiene que "toda esa prueba demuestra irrefutablemente que encontrándose terminado el plazo estipulado para el contrato de arrendamiento y sus prórrogas; que la arrendadora hizo saber a sus arrendatarios que no quería renovarlo más; que los trabajos de demolición, autorizados por la autoridad, se iniciaron con posterioridad a esos acontecimientos; y que, a instancia de los demandantes, dicha demolición se suspendió casi inmediatamente después de comenzada, sólo un error de conducta, constitutivo de culpa, explica el hecho de que continuaron gozando de la cosa arrendada y exponiéndose a sufrir un perjuicio hipotético, que ellos afirmaron pero como pretexto para beneficiarse del hecho de pagar por el goce de los locales, en forma indefinida, un canon altamente ruinoso para el dueño de los locales".

#### SE CONSIDERA

*Ha dicho esta Corporación sobre un medio nuevo en casación:*

*"Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, los demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados ni alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario. Un planteamiento legal o una alegación de determinada situación jurídica, no son un mero razonamiento o argumento emplazado en favor de una tesis, teoría o sistema, espacio en el cual—como se vio antes—no hay límites que demarquen la investigación... Mas un planteamiento que, según se ha visto, no puede confundirse con las razones de puro derecho ni con los medios de orden público, se refiere directa o indirectamente a los hechos... Quien invoca un medio nuevo no modifica sus pretensiones, sino que trata de alcanzar el mismo resultado buscado con la demanda, pero por una vía distinta. Funda su pretensión en una relación de derecho que había descuidado hacer valer en las instancias del juicio. Esa misma finalidad jurídica, basada en una relación de derecho no alegada en las instancias, es lo que puede calificarse de medio nuevo. Esto no implica que no se puedan aducir en casación argumentos que no se hicieron en instancia, a condición que ellos tengan un carácter puramente jurídico, que no se mezcle ningún elemento de hecho, lo que vale decir que los medios mixtos en que se mezclan elementos de hecho y de derecho no son aceptados en casación". (LXXXIII, 78).*

La parte demandada en ningún momento planteó en las instancias el fenómeno de la concurrencia de culpas. Las excepciones propuestas, en cambio, estaban encaminadas a enervar los efectos de las pretensiones.

Si amparado en supuestos fácticos se esgrimen otros fundamentos para debilitar la responsabilidad de la parte demandada, o, por lo menos, para reducirla mediante la configuración de la culpa compartida, se hace cierto que se está frente a un medio nuevo en casación, puesto que si combate la sentencia, por quebranto de textos sustanciales que ignoró el sentenciador de segundo grado, en no dar fuerza del acontecer procesal ni sustancial sino por la posición adoptada por la propia demandada, resulta difícil esta clase de infracción ante la imposibilidad de identificar en su actividad de juzgador, unos aspectos no discutidos oportunamente por las partes.

No se trata de fundamentaciones de puro derecho ni un medio de orden público. Los planteamientos del recurrente son de relevancia fáctica, en cuanto, para llegar a definir la culpa sustentada en la censura, se debe descubrir el comportamiento de los demandantes en la ejecución del contrato, que sólo se muestra en cuestiones de hecho.

No prospera, pues, 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 mayo de 1986, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por Fábrica de Botones Rosamar y otros contra la Sociedad Papelería Danaranjo Limitada.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, publíquese 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.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## SUCESION

**Derechos herenciales del hijo extramatrimonial.** La Corte reitera que en concurrencia con la cónyuge del causante, al hijo extramatrimonial le corresponden las tres cuartas partes de la herencia, esto es, con la cuarta de mejoras.

*Corte Suprema de Justicia*

*Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

Bogotá, D. E., veinticinco (25) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por los herederos Gilberto Mesa Osorno, Romelio Mesa Zapata y Mariela Mesa Arroyave, hijos extramatrimoniales del causante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 12 de septiembre de 1984, mediante la cual se aprobó la partición dentro del proceso de sucesión intestada del señor Rafael Antonio Mesa Ochoa, cuyo expediente fue reconstruido según determinación que data del veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986).

### ANTECEDENTES

El proceso de sucesión de Rafael Antonio Mesa Ochoa, fallecido el 14 de abril de 1973, se abrió el 14 de mayo del mismo año en el Juzgado Civil del Circuito de Girardota. Inicialmente, se reconoció como única interesada a la señora Lucía Molina de Mesa, en su condición de cónyuge supérstite. Con posterioridad, se tuvo también como interesados a varios hermanos legítimos del causante, quienes fueron luego desplazados por Gilberto Mesa Osorno, Romelio Mesa Zapata y Mariela Mesa Arroyave, en su condición de hijos extramatrimoniales.

Tramitado el proceso de sucesión, el partidor presentó el respectivo trabajo distributivo de los bienes relictos. De él se dio traslado a las partes el 14 de noviembre de 1980. Oportunamente, los hijos extramatrimoniales formularon cinco objeciones, una de las cuales se hizo consistir en que el partidor no les asignó la cuarta de mejoras que les corresponde, según lo que disponen los artículos 23 de la Ley 45 de

1936 y 1239 y ss. del C. C. El Juzgado acogió todas las objeciones y, consecuencialmente, ordenó rehacer el trabajo de partición, mas la cónyuge sobreviviente recurrió de tal decisión. El Tribunal profirió decisión confirmatoria, salvo en cuanto a la explicada objeción atinente a la cuarta de mejoras, pues consideró que ésta es propia de las sucesiones testadas y extraña a la intestada, siendo la del señor Mesa Ochoa de la última especie.

El partidor, acatando la determinación del Tribunal, rehizo la partición, por lo mismo, distribuyó la herencia por mitades entre los hijos naturales y la cónyuge, con prescindencia de la cuarta de mejoras. La sentencia aprobatoria fue recurrida en apelación por los hijos extramatrimoniales con el propósito de obtener el reconocimiento de la cuarta de mejoras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, apelación que resultó infructuosa. De ahí el recurso de casación contra el fallo del Tribunal.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de transcribir el artículo 611 del C. de P. C., el *ad quem* concluyó que debía confirmar la sentencia aprobatoria de la partición, proferida por el Juzgado, por encontrarla ajustada a las instrucciones dadas al partidor, al decidirse acerca de las objeciones propuestas por los hijos extramatrimoniales, y porque el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, que rige las sucesiones intestadas, ordena la división de la herencia por mitades: una para los hijos extramatrimoniales y otra para el cónyuge; mientras que el artículo 23 *ib.* —que contempla la cuarta de mejoras para los hijos legítimos o naturales— tiene operancia para las sucesiones testamentarias. En apoyo de su afirmación, el Tribunal concluye con la cita del artículo 6° de la Ley 29 de 1982.

#### LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un solo cargo se erige contra la sentencia del Tribunal, con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C.

En él se acusa la sentencia “por haber quebrantado, por interpretación errónea, el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, por haber dejado de aplicar los artículos 23 y 24 de la misma y por haber aplicado indebidamente el artículo 6° de la Ley 29 de 1982”. También, el Tribunal, quebrantó, por falta de aplicación, el artículo 37 de la Ley 153 de 1887.

En la fundamentación del cargo el casacionista sostiene que la referida sentencia violó en forma directa los preceptos citados, porque le arrebata a los hijos naturales el derecho que les otorgó la Ley 45 de 1936, en sus artículos 23 y 24, de recoger la cuarta de mejoras en la sucesión de su padre; cuota que constituye una de las asignaciones forzosas, destinada únicamente a los descendientes y entre ellos, obviamente, a los hijos naturales.

Alude el recurrente a la primacía que tiene la voluntad del causante expresada en el testamento, sobre los textos legales que regulan el modo de dividir la herencia que son, de ordinario, leyes supletivas de aquella voluntad, principio que sufre excepciones con las asignaciones forzosas en las que se incluye la cuarta de mejoras, reconocidas para los hijos naturales en los citados artículos de la Ley 45 de 1936.

Tanto, que le confirió a éstos la acción de reforma del testamento, cuando allí se dispone de ella en pro de quienes no son descendientes del causante.

Además, continúa diciendo el censor, el cónyuge no ha sido legitimario, ni la ley le ha asignado nunca la cuarta de mejoras, por lo que es patente que si un testador deja hijos extramatrimoniales y sin embargo le atribuye toda o una parte de la cuarta de mejoras al cónyuge, aquéllos pueden invocar la reforma del testamento, acorde con lo dispuesto en los artículos 24 de la Ley 45 de 1936 y 1277 del C.C. Por tanto, carecería de lógica jurídica sostener que si no hay testamento, el cónyuge, en el mismo caso, durante la vigencia del artículo 20 de la citada ley, sí podía recoger íntegra esa cuarta de mejoras, porque tal norma por ser anterior no puede primar sobre los artículos 23 y 24 ib..

Síguese de lo dicho, que la contradicción que brota de confrontar el texto del artículo 20 con el de los artículos 23 y 24 de la Ley 45 de 1936, se resuelve en favor de los últimos por ser posteriores y porque, como lo ha dicho la Corte, esta ley no puede interpretarse en perjuicio de los hijos naturales en cuyo beneficio se dictó; constituye un contrasentido indefensible sostener, como lo hizo el Tribunal, que el legislador dispuso de la cuarta de mejoras en pro del cónyuge cuando la sucesión es intestada y concurren con él únicamente los hijos naturales, y que, por el contrario, aquella cuarta de mejoras se les atribuye a éstos si la sucesión es testada.

Concluye el casacionista diciendo que tanto en la sucesión testada como en la intestada, cuando sólo concurren cónyuge e hijos naturales del difunto, éstos tienen derecho a las tres cuartas partes de la herencia: la mitad legitimaria, más la cuarta de mejoras; como en efecto lo admiten la jurisprudencia y la doctrina, de las cuales hace diversas citas.

Por cuanto otro fue el modo de obrar del Tribunal, el censor explica la violación de los preceptos quebrantados así: el artículo 20 de la Ley 45 de 1936 fue interpretado erróneamente porque se le dio un sentido y alcance que no tiene, ya que debe entenderse como que, concurriendo cónyuge e hijos naturales, éstos, en cualquier clase de sucesión, tienen derecho a las tres cuartas partes de la herencia; se dejaron de aplicar los artículos 23 y 24 ib. que les otorga a aquéllos el derecho de recoger la cuarta de mejoras; se aplicó indebidamente el artículo 6º de la Ley 29 de 1982, citado al final de la motivación del Tribunal, porque, de una parte, es precepto que regula en la actualidad el derecho de herencia, cuando los herederos son los hermanos y el cónyuge del causante, hipótesis que no viene al caso y, de la otra, no podía hacerse actuar porque entró a regir después de la delación de la herencia del señor Mesa Ochoa, por lo que, además, se dejó de aplicar el artículo 37 de la Ley 153 de 1887.

#### SE CONSIDERA

*De nuevo se le vuelve a plantear a la Corte el problema concerniente a la aplicabilidad concurrente o separada de los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936, en el ámbito de la sucesión intestada. El primero, sustitutivo del artículo 1047 del C.C., y el segundo, del 1242 ib.. Problema que si bien hoy se encuentra superado merced a las disposiciones de la Ley 29 de 1982, debe ser esclarecido en el caso sub iudice porque, en*

razón de la previsión del artículo 37 de la Ley 153 de 1887, en armonía con el artículo 1013 del C.C., es la Ley 45 de 1936 la aplicable a la partición de los bienes relictos del causante Rafael Antonio Mesa Ochoa, fallecido en el año de 1973.

Ese problema, como bien se sabe, surge porque mientras que el artículo 20 prescribía que, ante la ausencia de descendientes y de ascendientes legítimos, al causante le sucederían su cónyuge y sus hijos naturales, dividiéndose la herencia en dos partes, una para aquél y otra para éstos, el artículo 23, de su lado, le confería a los hijos naturales, no sólo la legítima rigurosa integrada por la mitad de los bienes que componen la masa partible, sino también el derecho a la denominada cuarta de mejoras con que el testador podía favorecer "a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios". O sea, que mientras que según el artículo 23, el derecho de los hijos naturales podía llegar hasta las tres cuartas de la herencia, por el artículo 20 ese derecho les quedaba reducido a la mitad.

La Corte, de manera invariable, ha desatado la contradicción conforme a la siguiente doctrina:

"Ahora bien: como no puede admitirse que el legislador tuviera dos criterios distintos en relación con los derechos hereditarios del hijo natural, según que se tratara de sucesión testada o abintestato; y como no puede suponerse que haya incurrido en la incongruencia de asignarle al hijo natural una cuota inferior a la mínima que le garantizó cuando es el causante el que dispone de sus bienes, hay que armonizar esas dos disposiciones entendiéndolas en el sentido de que el derecho del hijo natural, cuando el legislador hace asignación en defecto de la voluntad expresa del de cujus, no puede ser inferior al que, según el mismo legislador, tiene cuando aquél declara su voluntad por testamento. Toda interpretación que lleve a una solución distinta ha de ser rechazada, porque desconoce el espíritu de protección a los derechos del hijo natural en que se haya inspirada la Ley 45 de 1936..." (Sent. febrero 24/70, G.J. t. CXXXIII, pág. 90).

Más adelante, en la sentencia del 7 de noviembre de 1977 (G.J. t. CLVIII, 1a. pte., págs. 116/117), la Corte hizo ver cómo, siendo las legítimas y la cuarta de mejoras asignaciones forzosas, acorde con lo establecido en el artículo 1226 del C.C., el padre no puede desconocer el derecho del hijo natural a las mismas, y, además, cómo, si de hecho en su testamento le asigna menos de lo que le corresponde por su legítima, o distribuye la cuarta de mejoras entre quienes no tienen derecho a ella, el hijo tendrá acción de reforma del testamento para que se le integre su legítima y se le incluya entre los destinatarios de la cuarta de mejoras.

Hoy, al ventilar de nuevo el punto, la Sala no encuentra motivos que la induzcan a variar de criterio. Por el contrario, estima que una interpretación de los textos legales, distinta de la que hasta ahora ha prohijado, no podría menos de ser tildada como regresiva pues iría a contrapelo de lo que la evolución de las instituciones jurídicas muestra en este campo.

En efecto, ¿cuál sería la causa, válida desde el punto de vista del derecho, para que se dijese que los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936 han de ser interpretados de manera separada y no armónica o concordemente, tal como hasta ahora se ha venido

*haciendo? El único fundamento posible de semejante enfoque de la cuestión, acá aducido por el ad quem, ha residido en decir que al paso que el artículo 20 tenía vigor en las sucesiones intestadas, el 23 imperaba en las testadas, lo que, en el fondo, es tanto como argumentar que no son compaginables los principios reguladores de una y otra clase de sucesión.*

*Empero, las diferencias —cuya existencia nadie discute— entre la sucesión testada y la intestada no se pueden extremar hasta sostener que no hay conciliación posible entre las normas que las gobiernan, si, como es incuestionable, lo que se advierte en la reglamentación propia de la materia es que, sobre la base de tutelar ciertas relaciones cardinales en la vida del hombre, cuáles son las provenientes de los lazos familiares, en frente de determinada clase de herederos —en cuya primera línea hállanse los hijos legítimos y los extramatrimoniales—, la ley, en ambas categorías de sucesión, sienta bases semejantes, e inderogables, para la repartición del caudal hereditario. Y tanto busca el legislador el mantenimiento de cierto equilibrio básico entre las sucesiones testada e intestada, cuando la repartición de los bienes relictos ha de hacerse con la presencia de hijos legítimos o naturales del causante, que no ha vacilado en sacrificar, en una gran proporción, la libertad de disposición que sobre dichos bienes compete al testador, creando la institución de las asignaciones forzosas (art. 1226 C.C.), una de las cuales es, precisamente, la cuarta de mejoras, entre cuyos beneficiarios la Ley 45 de 1936, en su artículo 23, incluyó a los hijos naturales.*

*Es, entonces, la observación precedente la que permite inferir la sinrazón de la interpretación del artículo 20 de la citada Ley 45, desligada de la aplicación del también mencionado artículo 23. Como ya lo ha puesto de presente la Corte, el sentido literal y aislado de aquél precepto conduciría a que el hijo natural que concurre con el cónyuge supérstite en la sucesión intestada de su padre, quede en inferioridad de condiciones respecto de quien, ostentando igual calidad, hace valer sus derechos en una sucesión testada.*

*El desafuero que así se consagraría sería tanto mayor cuanto que provendría directamente de una norma legal, cuando otra, el artículo 23 siguiente, aparecería, de manera incongruente, exigiéndole al testador que le dé cumplimiento a algo que el propio ordenamiento, de su lado, no habría establecido, y sobre todo, confiriéndole al hijo natural un derecho que la misma ley le habría negado en la sucesión intestada.*

Como se ha expuesto, ese entendimiento de la cuestión fue el que en la especie de esta litis siguió el *ad quem*. Como él carece de toda ponderación, según es palpable, por su causa éste interpretó erróneamente el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, al cercenar su verdadero alcance, o sea, el que se deriva de su entrelazamiento con el artículo 23 *ib.*, artículo que, además, violó al dejar de hacerlo obrar en el caso.

De allí que se imponga la casación del fallo recurrido. Pero antes de tomar la decisión que sustitutivamente corresponda, con apoyo en lo establecido en el artículo 375 del C. de P.C., la Sala dispondrá, de oficio, que se allegue copia de la sentencia de primera instancia.

## DECISIÓN

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, –Sala de Casación Civil–, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia aprobatoria de la partición, de fecha y procedencia dichas, dictada dentro del proceso de sucesión del causante Rafael Antonio Mesa Ochoa.

Antes de decidir lo que sustitivamente corresponda, SE DISPONE que, dentro de un término de treinta (30) días, la parte recurrente en casación, allegue copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Girardota, el 30 de septiembre de 1983. Librese el correspondiente despacho.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese y notifíquese.

*José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Martín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

*Alfredo Beltrán Sierra*  
Secretario

## INDICE ALFABETICO

## 1987 - PRIMER SEMESTRE

- |                                       |                                  |
|---------------------------------------|----------------------------------|
| A                                     | E                                |
| Acción Pauliana, 164                  | Excepción previa, 53             |
| Acción reivindicatoria, 88, 112, 237, | Exequatur, 254                   |
| Actividad peligrosa, 45               | G                                |
| Arrendamiento, 257                    | Guarda, 71                       |
| B                                     | I                                |
| Buena fe, 141                         | Inconsonancia, 123               |
| C                                     | L                                |
| Casación                              | Legitimación en la causa, 213    |
| excepción previa, 53                  | Lesión enorme                    |
| inconsonancia, 123                    | legitimación del heredero, 228   |
| medio nuevo, 257                      | naturaleza jurídica, 213         |
| proposición jurídica completa, 257    | M                                |
| reconstrucción expediente, 38, 222,   | Medio nuevo, 257                 |
| reformatio in pejus, 71               | N                                |
| violación ley sustancial, 141, 222    | Nulidad                          |
| Comisión, 35                          | comisión, 35                     |
| Contrato de                           | sustancial, 164                  |
| arrendamiento, 257                    | O                                |
| comisión de transporte, 57            | Obligaciones del arrendador, 257 |
| permuta, 200                          | P                                |
| transporte, 245                       | Paternidad natural               |
| Consulta 32                           | causales expresas, 22            |
| Corrección monetaria, 123, 141        | posesión notoria, 22             |
| Cuidado personal del hijo, 71         |                                  |
| D                                     |                                  |
| Demanda                               |                                  |
| en forma, 177                         |                                  |
| interpretación, 164                   |                                  |
| Derecho de                            |                                  |
| dominio, 112                          |                                  |
| retención, 237                        |                                  |
| Derechos herenciales hijo             |                                  |
| extramatrimonial, 273                 |                                  |

Patria potestad, 71  
 Permuta, 200  
 Posesión, agregación o unión, 237  
 Prescripción adquisitiva de dominio, 88, 112  
 Presupuestos procesales, 177  
 Promesa de compraventa, 164  
 Proposición jurídica completa, 123  
 Prueba  
   derecho de dominio, 141  
   expediente reconstruido, 38, 222  
   principio de adquisición procesal, 102  
   testimonio sospechoso, 71

## R

Reconstrucción expediente  
   casación, 38, 222  
   consulta, 32  
 Reformatio in pejus, 9  
 Remate, 141

Responsabilidad extracontractual  
   compensación de culpas, 177  
   conurrencia actividades peligrosas, 45  
   conurrencia de culpas, 188  
 Revisión, 78, 102

## S

Sentencia inhibitoria, 257  
 Separación indefinida de cuerpos  
   prueba, 71  
   transacción, 5  
 Simulación, legitimación  
 del heredero, 228  
 Sucesión, 273

## T

Testimonio sospechoso, 71  
 Transacción, 5

## V

Violación ley sustancial, 141, 222

**INDICE CRONOLOGICO  
SENTENCIAS PARA PUBLICAR  
PRIMER SEMESTRE 1987**

Págs.

- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** *Transacción. Elementos estructurales del contrato de transacción. No es transacción el escrito de los cónyuges en que solicitan que se dicte sentencia por "mutuo acuerdo", cuando se ha tramitado la separación a través de proceso abreviado.* Auto del 20 de enero de 1987. CONFIRMA la providencia proferida por el Tribunal Superior de Bucarmanga, en el abreviado de Carmen Cecilia Baquero de Barragán contra Germán Barragán Solano. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* ..... 5
- REFORMATIO IN PEJUS.** *Condiciones para su configuración. Cuando la sentencia de primer grado es inhibitoria y de ella apela únicamente el demandante, el superior al revocar dicha sentencia y dictar sentencia absolutoria, hace más gravosa la situación del único apelante.* Sentencia del 29 de enero de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Hernán Andrés Ortega Pérez contra Colombian Mud Company Incorporated. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* ..... 9
- SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS.** *Las condiciones de afecto o de trato entre personas no vinculadas por el matrimonio no sirven para constituir ninguna clase de asociación de carácter económico. Pero ello no les impide celebrar cualquier género de convenciones. Requisitos para la admisibilidad de la sociedad de hecho.* Sentencia del 6 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario de Eduvina Agudelo de Molina contra Evangelista Castillo Varón. Magistrado Ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* ..... 16
- PATERNIDAD NATURAL.** *El sentenciador al decidir solo puede tener en cuenta la causal o causales expresamente alegadas en la demanda con sus fundamentos de hecho, y no otras, aún demostradas dentro del proceso. Posesión notoria del estado de hijo, su prueba.* Sentencia del 11 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Tito Nicolás Cadena contra Nicolás Liévano Aguirre, en su condición de heredero de Indalecio Liévano Aguirre. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe* ..... 22
- CONSULTA.** *De acuerdo con el artículo 1º regla cuarta del Decreto número 3829 de 1985, si no se presentó oportunamente la solicitud de reconstrucción del expediente, se entiende confirmada la sentencia que se encontraba en la Corte en trámite de consulta.* Sentencia del 16 de febrero de 1987. Se entiende confirmada la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Graciela Aguilar de Castañeda contra Félix Eduardo Castañeda Avila. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ..... 32

- COMISION.** *Cuando el comisionado excede el objeto de la comisión, únicamente las partes, y no el juez de oficio, pueden impetrar la nulidad dentro de los cinco días siguientes, y si no lo hacen se entiende saneada.* Auto del 16 de febrero de 1987. **REVOCA** el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Adela Salgado de Pineda contra Fabio Sebastián Pineda López. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*..... 35
- CASACION.** *Reconstrucción expediente destruido. Si el cargo es por violación indirecta de la ley sustancial, se requiere que se aporten al expediente reconstruido pruebas que tengan el mismo contenido de las que sirvieron para apoyar la decisión del sentenciador. De no ser así, se hace imposible el estudio del cargo.* Sentencia del 25 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Mario Francisco Prado Escobar contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*..... 38
- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.** *Si ambas partes ejercían actividades peligrosas, la que pretenda indemnización debe demostrar los cuatro elementos de esta clase de responsabilidad. Puede graduarse la culpa e incluso puede darse la compensación frente a la indemnización.* Sentencia del 25 de febrero de 1987. **REVOCA** la proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, en el ordinario de Lizandro Sánchez Suárez contra Darío Maya Botero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*..... 45
- CASACION.** *No es susceptible del recurso de casación el auto que decide la excepción de fondo formulada como previa, precisamente por ser un auto y no una sentencia.* Auto del 3 de marzo de 1987. Declara bien denegada la concesión del recurso interpuesto por los demandantes contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Nohora Beatriz Flórez o Beatriz Devia Flórez y otros contra los sucesores de Beatriz Devia Galindo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*..... 53
- CONTRATO DE COMISION DE TRANSPORTE.** *Responsabilidad del comisionista.* Sentencia del 5 de marzo de 1987. **CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Campo E. Tapia contra "Alfonso Senior y Cia. Ltda.". Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*..... 57
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. PRUEBA.** *Testimonio sospechoso: Los testimonios de familiares y amigos en procesos de familia requieren valoración especial.*
- CUIDADO PERSONAL, PATRIA POTESTAD Y GUARDA.** *Diferencias que distinguen estas tres instituciones.*
- PATRIA POTESTAD.** *Se decreta la pérdida de ella, sin que implique reformatio in pejus.* Sentencia del 10 de marzo de 1987. **CONFIRMA** en parte la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María de Jesús Plazas de Flórez contra Luis Enrique Flórez Arias. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*..... 71
- REVISION.** *Dado el carácter extraordinario de este recurso, es procedente únicamente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 16 de marzo de 1987. **DECLARA INFUNDADO** el recurso interpuesto por María del Carmen Torres de Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario

Págs.

de María Cenaida León frente a los herederos conocidos e indeterminados de Gregorio Leiva Prada. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. 78

ACCION REIVINDICATORIA. *El demandado que ha poseído por más de veinte años el inmueble tiene dos opciones: una, proponer la excepción de prescripción de la acción reivindicatoria y otra, formular la acción de prescripción adquisitiva del dominio a través de demanda de reconvencción. Efectos que se producen en cada caso.* Sentencia del 26 de marzo de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Luis Enrique Polanía Gutiérrez contra Abraham Suárez Vanegas y Abraham Grimaldo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. 88

PRUEBA. *Principio de adquisición procesal o comunidad de la prueba. La ley en parte alguna vincula la admisibilidad de la prueba a su origen personal, o sea a la parte que la haya aportado.*  
 REVISION. *Procedencia. Requisitos para que se configuren las causales previstas en los numerales primero y sexto del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 27 de marzo de 1987. DECLARA INFUNDADO el recurso de revisión formulado por Alfonso Buendía Rodríguez y otra contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso verbal seguido por "Mobil Ami S.A.", contra Alfonso Buendía Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. 102

DERECHO DE DOMINIO. *La propiedad sobre un inmueble se demuestra con la escritura pública contentiva del título y el certificado expedido por la Oficina de Registro sobre su inscripción allí. No es menester que el registro aparezca en el cuerpo de la escritura. La modalidad del título y la inscripción por documentos separados es viable, pues hay integración probatoria.*  
 ACCION REIVINDICATORIA. *Los reivindicantes no tienen que probar la posesión anterior sobre la cosa, por no ser elemento de la acción de dominio.* Sentencia del 30 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Anita Espitia Tovar y otros contra Hipólito Zambrano y otro. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. 112

INCONSONANCIA. *No incurre en incongruencia el fallador cuando decide sobre puntos que no le fueron expresamente propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado ex officio por la ley, como cuando decide oficiosamente sobre la nulidad absoluta de una convención y las prestaciones mutuas.*  
 CORRECCION MONETARIA. *Debe reconocerse aún sin petición de parte cuando es el resultado forzoso de una declaración de nulidad absoluta, para restablecer el imperio de la equidad. Pero se advierte de la cautela que se debe tener en su aplicación.*  
 PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *En promesa mercantil de venta.* Sentencia del 1º de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Apolonio Cruz Alejo contra Benjamín Poveda Reina. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. 123

REMATE. *Su naturaleza jurídica. Pueden afectar su validez vicios de carácter sustancial o procesal. Estos últimos solo son alegables dentro del mismo proceso. Bajo el imperio de la Ley 105 de 1931, la subasta podía suspenderse para continuar al día siguiente, sin que se incurriera por ello en causal de nulidad.*

Págs.

**CORRECCION MONETARIA.** *Prueba. Por haber entrado la devaluación al campo de los hechos públicos y notorios, el damnificado se encuentra relevado de su demostración.*

**CASACION.** *Violación ley sustancial: Error de hecho. Cuando ocurre en la interpretación de los contratos. Buena fe: es cuestión de hecho que por su misma naturaleza se coloca bajo la ponderación discrecional del sentenciador.* Sentencia del 22 de abril de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Rafael Montoya Mejía y la Sociedad "Arrocera Riogrande Limitada" contra Roberto Herrera Vélez. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero

141

**DEMANDA.** *Interpretación. Marco dentro del cual le es posible al fallador atribuirle a la demanda la significación que en su sentir le corresponde; si sobrepasa dicho marco, incurre en evidente error de hecho.*

**PROMESA DE COMPRAVENTA.** *Por ser la celebración del contrato el objeto de la promesa, el contrato prometido debe quedar perfectamente especificado o singularizado, en los sujetos, en el precio y en el bien, que si es inmueble debe determinarse por sus linderos.*

**ACCION PAULIANA.** *Lo primero que debe analizarse para su prosperidad es la calidad de acreedor del demandante.*

**NULIDAD SUSTANCIAL.** *Declaración oficiosa. No puede tomarse como un agravio que vaya en perjuicio de la parte recurrente, toda vez que se trata de cuestión en la que está de por medio el orden público.* Sentencia del 23 de abril de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Venancia Anaya Archila contra David Silva Vargas y otros. Magistrado ponente: doctor Héctor Marín Naranjo

164

**PRESUPUESTOS PROCESALES.** *Demanda en forma. Si la demanda adolece de defectos el juez la debe inadmitir. Si no lo hace, el demandado puede recurrir el auto admisorio de la demanda, o proponer excepción previa. Si no lo hace, esos defectos formales de la demanda no pueden ser obstáculo para dictar sentencia de fondo.*

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.** *Compensación de culpas. La facultad de graduación de las culpas tiene carácter absolutamente discrecional del juzgador de instancia y por tanto esa apreciación es intocable en casación.* Sentencia del 29 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Luis Fernando Londoño Gutiérrez contra Luis Alfonso Marín Correa y la Sociedad "Transportes Hatoviejo S.A.". Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández

177

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.** *Concurrencia de culpas. El artículo 2357 del Código Civil deja a la discrecionalidad del juez de fondo la posibilidad de medir o cuantificar el daño cuando la víctima ha participado en su ocurrencia.* Sentencia del 29 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por Jairo y Jesús Estrada Salazar contra el Banco Popular. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández

188

**PERMUTA.** *A la permuta si le son aplicables las reglas de la compraventa concernientes al precio. Parangón entre la permuta y la compraventa.* Sentencia del 30 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario adelantado por Gabriel Orlando Trujillo Restrepo y otros contra Germán Mejía Amaya y otros. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero

200

Págs.

- LEGITIMACION EN LA CAUSA.** *Es cuestión propia del derecho sustancial, por lo cual su ausencia no impide dictar sentencia de fondo.*
- LESION ENORME.** *La acción rescisoria por lesión enorme es acción personal no real. Está estructurada dentro del criterio objetivo y no del subjetivo.* Sentencia del 13 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso ordinario adelantado por María Orozco de Castaño contra Pedro Antonio Marín Zapata. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*..... 213
- CASACION.** *Violación ley sustancial. Vía directa e indirecta. Son caminos diversos de infringir la norma sustancial. Como las vías son opuestas los cargos que se formulen sin independizarlos y separarlos, sino expuestos en forma unida por ambas vías, resultan contradictorios y por contera faltos de técnica.*
- CASACION.** *Reconstrucción expediente destruido. Para efectos del estudio de un cargo por violación indirecta de la ley sustancial, es menester que las pruebas aportadas dentro de la reconstrucción del expediente, sean del mismo contenido, o sea reproducción fiel de aquellas que obraron en el expediente original. De no ser así, se hace imposible el estudio del cargo.* Sentencia del 14 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de pertenencia adelantado por la Parroquia de Muzo contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* ..... 222
- SIMULACION.** *Legitimación activa. Como la acción de simulación es de linaje patrimonial, es transmisible y por ende, los herederos del simulante tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulados los actos celebrados por el causante, ya sean herederos forzosos, testamentarios o simplemente legales. Basta la vocación hereditaria. Lo propio sucede con la acción rescisoria por lesión enorme.* Sentencia del 20 de mayo de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el ordinario adelantado por Ricardo Ovalle R. contra Eduardo De La Rosa Rizo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ..... 228
- ACCION REIVINDICATORIA.** *El demandado que alega la prescripción extintiva de la acción de dominio, alega a la vez la prescripción adquisitiva a su favor.*
- POSESION.** *Agregación o unión. Quien pretende juntar a su posesión la de sus antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones y la prueba de los respectivos traspasos.*
- DERECHO DE RETENCION.** *No es necesario que se declare en la sentencia, por cuanto surge desde el mismo momento en que el fallo reconoce el crédito.* Sentencia del 20 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario adelantado por María Mercedes Toro Agudelo contra la Sociedad Producciones La Cachera Ltda. y Jairo y Darío Moreno Calderón. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* ..... 237
- CONTRATO DE TRANSPORTE.** *Derechos del remitente y del destinatario.* Sentencia del 16 de junio de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario adelantado por las compañías Suramericana de Seguros S.A., Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A., frente a la Sociedad Mototransportar Ltda. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* ..... 245
- EXEQUATUR.** *Disolución matrimonio canónico. La sentencia proferida en el extranjero, por un tribunal civil, sobre disolución de un matrimonio canónico celebrado en*

Págs.

- Colombia por colombianos, no puede cumplirse en el país por tocar tema de orden público. Por tanto se rechaza la demanda de exequatur. Auto del 17 de junio de 1987. RECHAZA la demanda de exequatur presentada por Luis Ignacio Correa Villa. Magistrado ponente: doctor Alberto Ospina Botero ..... 254*
- ARRENDAMIENTO.** *Obligaciones del arrendador. Si el arrendador perturba en alguna forma el goce del bien dado en arrendamiento, debe indemnizar al inquilino por los perjuicios que le ocasione.*
- SENTENCIA INHIBITORIA.** *Parcial. Cuando se presente el fenómeno de la indebida acumulación de pretensiones, el juez debe dictar sentencia de mérito en lo pertinente y sentencia inhibitoria en lo demás.*
- CASACION.** *Medio nuevo. Sentencia del 18 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por la Fábrica de Botones Rosamar y otros contra la Sociedad Papelería Danaranjo Limitada. Magistrado ponente: doctor José Alejandro Bonivento Fernández..... 257*
- SUCESION.** *Derechos herenciales del hijo extramatrimonial. La Corte reitera que en concurrencia con la cónyuge del causante, al hijo extramatrimonial le corresponden las tres cuartas partes de la herencia, esto es, con la cuarta de mejoras. Sentencia del 25 de junio de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual se aprobó la partición dentro del proceso de sucesión intestada del señor Rafael Antonio Mesa Ochoa. Magistrado ponente: doctor Héctor Martín Naranjo ..... 273*

**INDICE CRONOLOGICO  
SENTENCIAS NO PUBLICADAS  
PRIMER SEMESTRE DE 1987**

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 001 del 13 de enero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el abreviado de María Lilia Ramos de Diaz contra Lisandro Diaz. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.**

**MEDIDAS CAUTELARES.** Apelación.

*No es apelable el auto que levanta el secuestro de bienes sociales.* Auto 001 del 16 de enero de 1987. Declara inadmisble la apelación propuesta contra el proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Héctor de Jesús Muñoz Zapata contra Luz Nelsy Goez Montoya. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 002 del 21 de enero de 1987. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Angela Amparo Barrera de Gómez contra Edgar Gómez Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *José Bonivento Fernández*.....

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 003 del 21 de enero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Blanca Lucila Usme de Ariza contra Pablo Ariza. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Ultrajes. *Se encuentra caducada esta causal de separación alegada.* Sentencia 004 del 26 de enero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de William Guerrero contra Libia Marina Triana Andrade. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 005 del 26 de enero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Sandra Marcela Sánchez Suárez contra Gustavo Montes Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Prueba. *Se deniega la práctica de algunas pruebas solicitadas en la reconstrucción del expediente.* Auto 002 del 28 de enero de 1987. No revoca la súplica interpuesta contra el proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Tulia Ester Villamizar de Torrado contra Helí Abel Torrado Torrado. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 007 del 28 de enero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Guillermo Ochoa contra María Ligia Camargo de Ochoa. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 008 del 28 de enero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Denisse Corrales Henao contra Germán Octavio Ortiz Ramos. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

INCONSONANCIA. *No se incurrió en este defecto en la sentencia del Tribunal.*  
VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía indirecta. *No se combatieron todos los soportes probatorios del fallo impugnado, como lo exige la técnica en esta causal de casación.* Sentencia 009 del 29 de enero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Laboratorios Riosol Ltda. contra Banco Popular. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

REVISION. Procedencia. *No es susceptible de impugnación a través de este recurso el auto que decreta la perención del proceso.* Auto 003 del 29 de enero de 1987. Declara inadmisibile el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Seguros Colina S.A. contra Lufthansa S.A. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Patria potestad. *Sin incurrir en reformatio in pejus, la Corte decreta su pérdida en cabeza del demandado.* Sentencia 011 del 30 de enero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Olga María Escobar Montoya contra Manuel Cuartas González. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA. Término de suspensión del proceso. *Empieza a contarse a partir de la admisión del llamamiento en garantía.*

NULIDAD PROCESAL:

a) *Saneamiento. Tratándose de vicios que son saneables, si no se alega oportunamente la nulidad, ésta se convalida y no puede alegarse con posterioridad.*

b) *Causal del Num. 9º del artículo 152. La falta de notificación del tercero llamado en garantía haría viable una declaración de nulidad, pero así no ocurre, pues el interesado en ese llamamiento no reclamó nada en la primera instancia.* Sentencia 012 del 2 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Luis Carlos, Pascual Bernal López y otro contra la Sociedad "Procesadora de Leche S.A., PROLECHE". Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. *Reitera la Corte que cuando uno de los cónyuges abandona el hogar sin que medie justificación alguna hay lugar a decretar la separación de cuerpos, por petición del cónyuge inocente.* Sentencia 013 del 3 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Iván de Jesús Calle Angel contra María Cenobia Arroyave Zuluaga. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

NULIDAD PROCESAL. Interés para proponerla. *Se trata de saber en frente de cuál de las partes del proceso en que medie el hecho anómalo, y, por ende, a quién perjudica.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *Aunque se escogió la vía directa, al mismo tiempo se aparta de la estimación de los hechos, lo que es grave falla de técnica. Habiendo sido la sentencia absolutoria el concepto de la violación ha debido ser el de falta de aplicación, para integrar la proposición jurídica.* Sentencia 014 del 4 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Jesús Salvador Burgos Orozco contra Hipódromo de Colombia Ltda. (HIPOANDES). Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Patria potestad. *Deja su ejercicio en cabeza exclusiva de la madre. Así la Corte da cumplimiento a un ordenamiento de obligatorio cumplimiento, pues es un deber del juez, aunque no haya solicitud de parte, y tiene la doble finalidad de dar protección al hijo menor y sancionar al padre negligente, y por ello no se incurre en violación del principio de la reformatio in pejus.* Sentencia 015 del 4 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gladys Prada de Bolívar contra Rubén Darío Bolívar Sepúlveda. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

**INCIDENTE.** Nulidad por suspensión del proceso. *Es extemporánea la proposición del incidente, pues no se hizo dentro de los cinco días siguientes en que cesó la incapacidad por enfermedad del apoderado.* Auto 004 del 2 de febrero de 1987. Rechaza incidente de nulidad propuesto en el proceso de revisión formulado por Rafael Sánchez Marmolejo contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Ana Mercedes López Silva contra el recurrente. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SENTENCIA.** Aclaración. *Mediante ella no es permitida la discusión o controversia de los fundamentos en que se apoyó el sentenciador.* Auto 005 del 4 de febrero de 1987. Deniega aclaración de la sentencia, solicitada por el recurrente en revisión Alveiro Masso Correa, en el proceso de Rosa María Campo de Calero contra Predios y Ganados Ltda. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

**PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.** Paternidad natural y petición de herencia. *Para integrarla debidamente se deben incluir como violados el artículo 1321 del C. C. y como disposiciones medio los artículos 262 y 264 del C.P.C.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Vía indirecta. *Es necesario el ataque de todos y cada uno de los medios de prueba en que la sentencia se funda. Error de hecho y error de derecho.* Sentencia 016 del 4 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso de Marta Cecilia Potosí y otras contra herederos y cónyuge de Luis Estrella. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Caducidad. Sentencia 017 del 4 de febrero de 1987. **REVOCA** la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Rosa Angela Vargas contra Eduardo Antonio Marín. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Pérdida de patria potestad. Sentencia 018 del 5 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Fabiola Sánchez de Vásquez contra José de Jesús Vásquez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**PROMESA DE COMPRAVENTA.** Notaría. *La falta de determinación de la notaría donde se otorgará la escritura pública correspondiente acarrea nulidad de la promesa.*

**INCONSONANCIA.** Extra Petita. *El Tribunal Superior sí incurrió en el vicio anotado al declarar la nulidad de un contrato, petición no formulada por las partes.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Vía indirecta. *Si de violación indirecta se trata por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, la ley sustancial solo puede ser*

*quebrantada por falta de aplicación indebida, pero en ningún caso por errónea interpretación, caso éste en que la acusación ha de enfilarse siempre por la vía directa.* Sentencia 019 del 5 de febrero de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Próspero Romero contra Presbítero Juan Angel Ortiz Casanova. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Vía indirecta. *Requisitos del error de hecho en la apreciación de las pruebas.*

**DECLARACION DE PERTENENCIA.** Prueba. *Corroboración de la posesión en la demandante, la propia demanda reivindicatoria del demandado (contrademanda) construida sobre la posesión alegada por la actora.* Sentencia 020 del 6 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Elba Torres Jiménez contra Sociedad Juan J. Yacamán y Cía. Ltda.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 022 del 6 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María de Jesús Castillo contra Freddy Montenegro Escobar. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**NULIDAD PROCESAL.** Emplazamiento defectuoso. *La omisión del juramento en la solicitud de emplazamiento acarrea la nulidad de lo actuado.* Auto 006 del 9 de febrero de 1987. Declara la nulidad de lo actuado en el proceso abreviado de Jair Leguizamón contra Gloria Lucero Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**CASACION.** Deserción. *Se declara desierto el recurso interpuesto, pues ninguna de las partes recurrentes solicitaron oportunamente solicitud de reconstrucción del expediente destruido en noviembre de 1985 y por tanto ejecutoriada la sentencia.* Auto 007 del 10 de febrero de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Dominga Durán de Martínez contra Yamel Teresa Núñez de Monsalve. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Demanda en forma. *No se indicaron claramente los hechos constitutivos de la causal alegada, ni la época de su ocurrencia, ni se hizo petición de pruebas, lo que hace inepta la demanda, y por tanto se dicta sentencia inhibitoria.* Sentencia 023 del 11 de febrero de 1987. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Julia Esther Mejía de Cárdenas contra Gustavo Francisco Cárdenas C. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 024 del 11 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Pedro Pablo Baez Gómez contra Hermelinda Torres. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**REFORMATIO IN PEJUS.** Ocurrencia. *Si se incurrió en este vicio, pues el a quo había calificado a los poseedores como de buena fe, y el ad quem los calificó como de mala fe, para efectos de las prestaciones mutuas.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *El ataque aislado de los medios de prueba deja incólume la sentencia con base en las pruebas no atacadas.* Sentencia 025 del 11 de febrero de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Municipio de Cartago contra Jorge A. Gómez Lozano y Luz Marina Quirama. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**TESTIMONIO.** Sospechoso. *Al analizarlo se deben tener en cuenta las demás pruebas aportadas para ver si los infirman o los corroboran.* Sentencia 026 del 11 de febrero de

1987. **REVOCA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Ana Elsy Villamil de Perdomo contra Hernando Perdomo Rubio. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS**. Consulta. Sentencia 027 del 11 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Elizabeth Correa Tigreros contra Hernán Moreno López. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS**. Cuidado personal del hijo menor. Sentencia 029 del 11 de febrero de 1987. **CONFIRMA** parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Juan Susaeta Ogueta contra Luz Elena Vásquez de Susaeta. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS**. Consulta. Sentencia 030 del 12 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de José Enrique Carlier contra Elvia Rodríguez Roa. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS**. Consulta. Sentencia 031 del 12 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de María del Carmen Oso Romero contra Héctor Bocanegra Caicedo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**CASACION**. Reenvío del expediente. *Se devuelve el expediente al Tribunal para que haga el pronunciamiento que corresponda respecto de la interposición del recurso de casación por parte del demandante, ya que solo concedió el interpuesto por el demandado*. Auto 008 del 12 de febrero de 1987. Repone el auto proferido, en el que declaró admisible el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Iván Alfredo Aguirre Delgado contra Fábrica de Especies y Productos El Rey S.A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**EXPEDIENTE**. Reconstrucción. *Se declara reconstruido el proceso con base en la sola exposición jurada del apoderado de la parte actora y sin más pruebas, independientemente del éxito o fracaso del recurso de casación*. Auto 009 del 12 de febrero de 1987. **REVOCA** el proferido por el Magistrado ponente, mediante el cual se negó la reconstrucción del expediente que contenía el proceso ordinario adelantado por Texturizadora Colombiana Ltda., contra Joseph Bancroff y Sons Company Inc. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**PROCESO**. Interrupción. *Se reitera que la enfermedad del dependiente del abogado de la parte recurrente, no es causal de interrupción del proceso*. Auto 010 del 12 de febrero de 1987. Deniega la reposición propuesta por la parte demandante recurrente en el proceso de Francisco Sánchez y otra contra Banco Popular Sucursal de Santa Marta, Tribunal Superior de Santa Marta. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS**. Prueba. Sentencia 032 del 13 de febrero de 1987. **REVOCA** la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de María Edilia Quintero contra Marco A. Torres. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS**. Consulta. Sentencia 033 del 13 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de

- Margarita Salazar Montoya contra Carlos Mario Alvarez López. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Demanda en forma. Sentencia 034 del 13 de febrero de 1987. **REVOCA** la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Eugenia Giraldo Posada contra Jesús Orlando Vélez Restrepo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 035 del 13 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Riohacha, en el abreviado de Libia Judith Romero Caballero contra Hernando Rafael Pizza Gamboa. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 036 del 13 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria Cecilia González Fernández contra Jairo Omar Valderrama Sánchez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 037 del 13 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ligia López de Burbano contra Gonzalo Burbano Burgos. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.
- SIMULACION. Prueba. *Constatado que efectivamente la escritura de venta cuya simulación se solicita, carece de la firma del notario o sea que es ineficaz, se deniega la declaración de simulación.* Sentencia 038 del 13 de febrero de 1987. **REVOCA** la proferida por el Juzgado 2° Civil del Circuito de Neiva, en el ordinario de Stella Mosquera de Charry, Gilma Mosquera de Diaz y Josefa M. de Serrano contra Agropecuaria Mosquera Hermanos y otra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 039 del 16 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Marco Aurelio Martínez Peña contra Francelina Guiza Hernández. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 040 del 16 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de María Berenice Alfonso de Cruz contra José Ramón Cruz. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía directa. *En ésta no puede el censor apartarse de las conclusiones que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal.*
- ACCION REIVINDICATORIA. Posesión. *El demandado alega en la demanda de mutua petición la intervención del título de tenedor en poseedor.* Sentencia 041 del 16 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Enka de Colombia S.A. contra Miguel Quiroz Molina. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *En el cargo por vía directa involucra erróneamente cuestiones de prueba. Confunde error de hecho con de derecho.* Sentencia 043 del 16 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Hermógenes Pérez Charry contra Luis Hernando Borrero Ceballos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 044 del 17 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Mercedes Mogollón de Franco contra Horielsun Franco. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 045 del 18 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Dorian González Vásquez contra Enrique Rojas Balanta. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 046 del 18 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Antonio Muñoz Ortiz contra Nubia Graciela Henao. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

NULIDAD PROCESAL. Legitimación y oportunidad. *En las nulidades hay que distinguir, de una parte, a quiénes la ley les concede la facultad de alegarlas, y de otra, cuál es la oportunidad para invocar el vicio.*

CONSULTA. *La decisión mediante la cual se dispone consultar la sentencia con el Superior, puede ordenarse en la misma sentencia o en providencia subsiguiente por simple auto, porque no es extremo del litigio.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *Erró el censor en el sentido de violación de la norma de carácter sustancial; no integró la proposición jurídica y no atacó todos los medios de prueba en que se funda la sentencia.* Sentencia 047 del 19 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Gloria María Salazar Buriticá y María Mercy Salazar de Rossi contra Carlos Alberto Salazar López y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía indirecta. *Fracasó la impugnación al no haberse allegado en la etapa de reconstrucción del proceso las pruebas analizadas y tenidas en cuenta por el ad quem, luego la Corte no puede confrontarlas con la demanda de casación.* Sentencia 048 del 19 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Enrique Mendoza Espinosa contra Abel Antonio Rozo y Gloria Marina Roa. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

INCONSONANCIA. *Requiere que en la parte resolutive del fallo aparezcan disposiciones notoriamente contradictorias, o sea, imposible operancia simultánea.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *El error de hecho debe ser trascendente. El ataque aislado de los medios de prueba no es procedente.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Obligaciones y negocios mercantiles. *Si en materia comercial se acusan como violadas normas del Código Civil es necesario denunciar como violado el artículo 822 del Código de Comercio que es el que enlaza las dos legislaciones.*

Sentencia 049 del 19 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Compañía Marítima Internacional S.A. "COMAR" contra Banco Cafetero y Agrícolas Ltda. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Apelación. Sentencia 050 del 19 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Carlos Prado Martínez contra Luisa Esther Méndez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 051 del 19 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Harold Eduardo Clavijo Salazar contra Alba Marina Ortiz de Clavijo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 052 del 19 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Henry Alberto Urrego Monsalve contra María Nobelia Monsalve B. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL:**

a) *Vía indirecta. El Tribunal Superior no incurrió en los errores que se atribuyen.*

b) *Los tres conceptos de violación.*

Sentencia 053 del 19 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Elvira María Battle Rodríguez contra Alvaro Saa Varona. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Vía indirecta. Diferencias entre el error de hecho y el de derecho. No ver el T.S. que el acta que contenía la inspección judicial, carecía de la firma del juez constituye error de derecho, no de hecho. La apreciación de los indicios corresponde al juzgador de instancia.*

**INDICIOS.** *Apreciación. La apreciación de las calidades de gravedad, precisión y conexidad que los indicios guarden entre sí y con el hecho que se pretende comprobar corresponde de modo exclusivo a la conciencia y discernimiento del sentenciador de mérito.* Sentencia 054 del 19 de febrero de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Tracto Mack Ltda., contra Departamento del Magdalena. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Abandono. *La demostración dentro del proceso de la separación de los cónyuges, sin causa que lo justifique, hace inferior el abandono.* Sentencia 054A del 19 de febrero de 1987. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el abreviado de Saúl Moreno Suárez contra Luzmila Bravo Moreno. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 055 del 20 de febrero de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Silvio Moncada Marín contra Gloria Sofía Rodríguez de Marín. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**JURISDICCION DISCIPLINARIA.** Dejar de asistir injustificadamente a la respectiva oficina. *Para incurrir en la sanción no es indispensable que la falta produzca un daño real a la administración o a terceros. Se cae en esa falta cuando concedido un permiso remunerado por una causa justificada, resulta demostrado que el empleado lo disfrutó con finalidad distinta. El cabal cumplimiento de otros deberes no habilita al funcionario para dejar de cumplir con éste.* Sentencia 055A del 20 de febrero de 1987. La Sala Disciplinaria de la Corte sanciona a la doctora Rocío Ramírez Múnera Magistrada del Tribunal Superior de Pereira, acusación por falta disciplinaria formulada por la Procuraduría General de la Nación. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**NULIDAD.** Emplazamiento indebido. *Faltó el requisito del juramento en la solicitud de emplazamiento por los trámites del artículo 318 del C.P.C. lo que acarrea la nulidad de lo*

*actuado*. Auto 012 del 24 de febrero de 1987. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Leonor Ferreira de Arias contra Héctor José Arias Lorza. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**CASACION.** Reconstrucción expediente. *Se declara desierto el recurso de casación interpuesto pues el recurrente no solicitó oportunamente la reconstrucción del expediente destruido en noviembre de 1985 y en consecuencia declara ejecutoriada la sentencia.* Auto 012A del 25 de febrero de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge Gustavo Romero González y otra contra Jaime Arias Patiño. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUÉRPOS.** Ministerio Público. *Su intervención en los procesos en que hay hijos menores es forzosa, y como parte puede intervenir en todas las etapas del proceso.* Auto 012B del 25 de febrero de 1987. Concede apelación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Gloria Arboléda Ramírez contra Germán Acevedo Cortés. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**CONSULTA.** Reconstrucción expediente. *Se declara confirmada la sentencia que se encontraba en trámite de consulta, por no haberse solicitado oportunamente por el interesado la reconstrucción del expediente destruido en noviembre de 1985.* Sentencia 058 del 26 de febrero de 1987. Entiéndese confirmada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Gian Carlo Benassi contra Doris Alicia Castro L. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Sentencia inhibitoria. *Para combatir en eficacia en casación una sentencia inhibitoria es deber ineludible del recurrente el de impugnar primera y fundamentalmente, la conclusión que en torno a los presupuestos procesales sacó el fallador, y demostrar que sí se cumplieron, lo que lleva el cargo necesariamente por la vía indirecta. Ataque aislado de los medios de prueba.* Sentencia 059 del 26 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Aseguradora Colseguros S.A. contra Arango y Cia. Transportes E. Cuartas S.C.A. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**CASACION.** Reconstrucción expediente. *Se declara desierto el recurso de casación y ejecutoriada la sentencia en razón de no haber solicitado la parte demandante recurrente la reconstrucción del expediente destruido en noviembre de 1985.* Auto 013 del 26 de febrero de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario del Instituto para Ejidos Municipales de Ibagué contra Instituto de Crédito Territorial -Regional del Tolima-. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Caducidad. Auto 014 del 26 de febrero de 1987. **CONFIRMA** el proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Olga Inés Sánchez de Rivera contra Luis Nelson Rivera Henao. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**LESION ENORME.** Prueba. *La más idónea es el dictamen pericial.*

**DICTAMEN PERICIAL.** *Su apreciación y valoración corresponde al juez de instancia, salvo error manifiesto y trascendente.* Sentencia 060 del 27 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge Enrique Garrido Villate contra Jakov Kricka. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

- NULIDAD PROCESAL.** Solicitud de pruebas. *No se incurrió en nulidad pues, la solicitud de pruebas en la segunda instancia se presentó en forma extemporánea (artículo 361 Num. 1º C.P.C.).* Sentencia 061 del 27 de febrero de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Rafael Antonio Manrique Lara contra Jurijaro Ltda., y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 062 del 27 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Marta Lucía Suárez Patiño contra Luis Fernando Rivera Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 063 del 27 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Pedro José Galvis contra Esperanza Castillo Soto. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 064 del 27 de febrero de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Gerardo Armando Acosta Caicedo contra Libia Tobón Terán. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- TESTIMONIO.** Análisis de este medio de prueba.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Error de hecho, error de derecho. *La calificación que de las condiciones de los testigos haga el sentenciador es cuestión de hecho y el desacierto al enjuiciar esas calidades por referirse a la objetividad misma de la prueba entraña un error de hecho y no de derecho.* Sentencia del 3 de marzo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Luis Alejandro Ayala Herrera y otros contra Teodula del Carmen Ayala Monroy y Graciela Monroy Ayala. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 066 del 3 de marzo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Carlos José Ortiz Méndez contra Blanca Lilia Martínez Leiva. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 067 del 3 de marzo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de María Elba Rodríguez de Patiño contra Celvio Patiño Gamboa. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 068 del 3 de marzo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luis Eduardo Villamil Rendón contra Fanny Vanegas de Villamil. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** ¿Definitiva o indefinida? *Es preciso adecuar a los efectos jurídicos que produce el decreto de separación el sentido idiomático natural de las expresiones anotadas para concluir que se trata de separación indefinida y no definitiva.* Sentencia 069 del 4 de marzo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el abreviado de Ana Lucía de Sabogal contra Guillermo Sabogal Morales. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**CASACION.** Excepción previa. *No es susceptible del recurso de casación el auto que decide una excepción de fondo formulada como previa, precisamente por ser auto y no sentencia.* Auto 016 del 3 de marzo de 1987. Declara bien denegada la casación formulada contra la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar, en el ordinario de Augusto Eliseo Sampayo Noguera contra Dimas Anaya y otros. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**CASACION.** Demanda. *Uno de los requisitos para poder admitir la demanda de casación consiste en la presentación de cargos contra la sentencia recurrida debidamente separados, expresando la causal de casación alegada y los fundamentos claros y precisos de cada acusación.* Auto 017 del 3 de marzo de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Hugo Edmundo de la Portilla Rosero contra Colegio de Contadores de Nariño y Conrado Santacruz Hammerle. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**NULIDAD PROCESAL.** Emplazamiento indebido. *Se incurrió en nulidad de lo actuado pues la convocatoria del demandado se hizo a través del emplazamiento previsto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y faltó el requisito previo del juramento.* Auto 018 del 4 de marzo de 1987. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Luz Amparo Trujillo Hoyos contra Gabriel López Montoya. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**INCONSONANCIA.** Ocurrencia. *Casos en que ocurre esta causal de casación. No se da cuando el juzgador obra en acatamiento de imperativos legales que le imponen el deber de fallar en forma oficiosa.*

**LESION ENORME:**

a) Prestaciones mutuas. *Aunque no se solicite en la demanda el Juez al declarar la rescisión debe decidir sobre las prestaciones mutuas para restablecer el equilibrio entre las partes.*

b) Ocurrencia. *En Colombia rige el factor objetivo, esto es, el justo precio en el momento del contrato, que se demuestra por lo general con prueba pericial.*

Sentencia 071 del 6 de marzo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Ricardina Martínez Cerón contra Marcelino o Marceliano Valencia Narváez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**INCONSONANCIA.** Sentencia absolutoria. *La sentencia totalmente absolutoria del demandado no es susceptible de acusación por incongruencia.*

**PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.** Estado Civil. *Se deben citar las normas que lo establecen y regulan.* Sentencia 072 del 9 de marzo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Isabel Rueda y Leonel Chaves de Lucio Rueda y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 074 del 10 de marzo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Rinaldo Guzmán Villanueva contra María Ligia Suárez de Guzmán. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Testimonio sospechoso. *Dada la naturaleza del proceso el parentesco no es suficiente razón para desestimar una declaración. Se descalifica el mérito probatorio de dos testimonios recibidos por su marcado interés en favorecer a la demandante y la animadversión que muestran hacia el demandado.* Sentencia 075 del 11 de marzo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior

de Bogotá, en el abreviado de Gilma Romero Gutiérrez contra Germán Plazas Castañeda. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 076 del 11 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Miguel Angel Marín Alvarez contra Flor de Lis Muñoz Losada. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 077 del 11 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Humberto Cuartas Arenas contra Melba Muñoz Ríos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. *Esta causal de casación se refiere precisa e invariablemente al quebranto de normas sustanciales y se deben señalar todos los textos violados para integrar en debida forma la proposición jurídica.*

PERTENENCIA. Posesión en el demandante. *La misma parte demandada admite expresamente la calidad de poseedor del demandante, pues así lo afirma en la demanda reivindicatoria formulada como demanda de reconvencción y esta posición no la puede variar en casación.*

CASACION. Medio nuevo. *Se da en la violación de la ley sustancial por la vía indirecta, cuando el presunto vicio no se ha alegado en las instancias. No se da en la violación de la ley sustancial por la vía directa.* Sentencia 078 del 11 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Luis Felipe García Panqueva, contra personas indeterminadas y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. Copias cumplimiento sentencia. *Si el recurrente no suministra lo necesario para la expedición de copias para el cumplimiento de la sentencia recurrida en casación, la Corte inadmite la demanda, aunque el Tribunal Superior haya concedido el recurso.* Auto 019 del 6 de marzo de 1987. Inadmite recurso interpuesto contra la sentencia proferida en el ordinario de Amparo Palomino de Baquero y otros contra Genaro Mejía Daza. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

CASACION. Reconstrucción expediente. *Como el recurrente no solicitó oportunamente la reconstrucción del expediente, se declara desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia.* Auto 021 del 10 de marzo de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Manuel Cubides Romero y otra contra Patricio Rubiano Sarmiento. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Contrato de seguros. *No se citaron las normas que consagran a favor del beneficiario del seguro el derecho a reclamar el pago del siniestro y los intereses causados, entre ellos el artículo 1080 del C. de C.* Sentencia 079 del 12 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de María Ligia Cardona de Navarro contra Aseguradora de Vida Colseguros S.A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *Vía directa y vía indirecta. Error de hecho.* Sentencia 080 del 12 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Olga Casalderrey de Gallego contra César Gallego Henao. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *Se deben señalar los preceptos sustanciales que se pretenden violados e indicar correctamente el sentido de la violación. Proposición jurídica completa. Medio-nuevo.* Sentencia 081 del 14 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Alvaro Rodríguez Roa contra Arquímedes Octavio Romero Moreno. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**ACCION REIVINDICATORIA.** Dominio. *No sirve para demostrar el dominio en el demandante la escritura pública contentiva de un contrato de compraventa que dentro del curso del proceso se demuestra que es simulado.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Vía indirecta. *Ataque aislado de los medios de prueba.* Sentencia 082 del 14 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Ana Medina de Parra como heredera de la sucesión de José Medina Mallarino y Evelio León León contra María Francisca Rivas de Medina y José de los Santos Lozano. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**JURISDICCION DISCIPLINARIA.** *El régimen disciplinario es extensivo o aplicable a quienes actúan como conjuces en las salas de las Corporaciones Judiciales.* Sentencia 084 del 16 de marzo de 1987. La Sala Disciplinaria de la Corte aplica sanción al doctor Nicanor Mena Perea, Conjuez del Tribunal Superior de Quibdó. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 085 del 19 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Edith Lozano de Arias contra Máximo Marcial Arias Arévalo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *Error de derecho. Autonomía de los cargos. Vía directa e indirecta. Aplicación indebida e interpretación errónea, se excluyen en relación con el mismo precepto.*

**PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.** Paternidad natural. *Cita de la causal de filiación, textos relativos a la sucesión intestada y los de la proporción que la ley determine. Disposiciones que reglamentan de manera sustancial el ejercicio de la acción de petición de herencia.* Sentencia 086 del 19 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de María Dioselina Herrera contra José Vicente Hernández López. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 087 del 25 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Alma del Socorro Chicaiza Zambrano contra Pedro José Mahecha Díaz. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 088 del 25 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Jesús Alberto Rincón Sánchez contra Ana Cecilia Corredor Tello. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 089 del 25 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Marta Graciela Giraldo Gómez contra Tito José Manuel Zair Castaño. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 090 del 25 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Adolfo León Escobar Durán contra Amanda Rodríguez Lozano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Alimentos. Decreto. *En estos procesos oficiosamente el juez, si conoce los ingresos del demandado debe señalar el monto de la cuota alimentaria para los menores hijos.* Sentencia 090A del 25 de marzo de 1987. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Fanny Marina Sánchez de Gómez contra Israel Gómez Campusano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal Superior no incurrió en los errores de apreciación probatoria que se le atribuyen.* Sentencia 091 del 26 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Rosa Mila Nastar Calpa y otros contra Homero Erazo Reina. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Patria potestad. *Cuándo se suspende su ejercicio y cuándo se termina.* Sentencia 093 del 26 de marzo de 1987. Adiciona sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Juan Susaeta Ogueta contra Luis Elena Vásquez de Susaeta. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Consideraciones generales sobre la necesidad de su integración.* Sentencia 094 del 27 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el ordinario de Delia Silva vda. de Gómez contra Hernán Gómez Silva y el Banco Santander. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Patria potestad. Sentencia 095 del 27 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Argeni González de Gutiérrez contra Javier Gutiérrez Estrada. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 096 del 27 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Elvira Sánchez de Vera contra Hernando Vera. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 097 del 27 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Herminia Cortés de Molano contra Jaime Enrique Molano García. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.
- INCONSONANCIA. Ocurtencia. *Si incurrió el T.S. en este vicio al condenar al pago de intereses sobre las sumas pedidas como indemnización de perjuicios, cuando los demandantes, no los solicitaron en la demanda.* Sentencia 098 del 27 de marzo de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Holmes Eduardo Aguas Sierra y otra contra Gaseosas de Sucre S.A. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 100 del 27 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Luis

García López contra María Helena Artunduaga Mazabel. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 101 del 27 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Sonia Cecilia Rodríguez Gómez contra Hugo Henry Sarasty Madroñero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Relaciones sexuales, prueba. *Como su demostración directa es imposible, se deducen del trato personal que el cónyuge infiel se dé con su cómplice en la infidelidad.*

Alimentos, al cónyuge. *En relación con los hijos es deber del juez decidir sobre este punto. No así en relación con el cónyuge pues solo debe hacerlo "si fuere el caso" esto es, si se demuestran las condiciones necesarias para pedirlos.* Sentencia 102 del 30 de marzo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Lucía Margarita Toro Gómez contra David Ignacio Córdoba Roca. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

NULIDAD PROCESAL. *Las deficiencias en la reconstrucción del expediente, no permiten el estudio de la cuestión de derecho planteada en las impugnaciones.* Sentencia 103 del 30 de marzo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Celmira López Foronda, representante legal de la menor Oneida López contra herederos de Tiberio de Jesús Franco Calle. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

NULIDAD PROCESAL. Jurisdicción disciplinaria. *Se declara la nulidad de lo actuado en la Corte en el proceso disciplinario, pues no se dio aplicación al Decreto 52 de 1987 vigente cuando llegó el expediente.* Auto 024 del 30 de marzo de 1987. La Sala Disciplinaria de la Corte declara la nulidad en el proceso disciplinario contra la Magistrada de Pereira doctora Rocio Ramírez Múnera. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranyo*.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. Porte de Correo. *Esta carga gravita en su totalidad y exclusivamente sobre el recurrente, independientemente de la actividad de la otra parte, pues en esta carga no existe la comunidad de gastos que la ley contempla en otros casos.* CASACION. Deserción. *Es motivo para declarar desierto el recurso de casación concedido por el Tribunal, el que el recurrente no cumpla con la carga procesal de pagar el porte de correo de ida y regreso del expediente.* Auto 025 del 1º de abril de 1987. Declara inadmisibles el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Ana Medina de Parra y otro contra Fermín Campos Sánchez y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *La Corte no entra al estudio de los motivos alegados para sustentar la violación, pues la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no fue atacada en casación. Se acusa por vía directa y se refiere a las pruebas.* Sentencia 106 del 2 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Leonor Pineda de Pinto y otras contra Pablo Forero Puerto y otro. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Patria potestad. Sentencia 107 del 2 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Fanny Margarita Almanza de González contra Jorge Hernando González Castellanos. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

- CASACION.** Reconstrucción expediente. *El no pago oportuno de la notificación a la contraparte para que asistiera a la audiencia de reconstrucción del expediente destruido, no es causal de deserción del recurso.* Auto 026 del 2 de abril de 1987. No acepta la solicitud presentada en el proceso de Construcciones Industriales Ltda. contra Jorge Fernández. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 108 del 3 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de José Joaquín Arce Escobar contra Francy Elena Caicedo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Prueba. *No se demostraron las causales de separación alegadas.*  
Testimonio. *No es de recibo, en principio reemplazar en el curso del proceso a los testigos por otros, sin que se resientan las normas inherentes a la petición, decreto y práctica de pruebas.* Sentencia 109 del 6 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Patricia Rivas Ortiz contra Fernando Méndez Peláez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- CASACION.** Reconstrucción expediente. *Como la parte que interpuso el recurso no solicitó oportunamente la reconstrucción del expediente destruido, la Corte declara desierto el recurso interpuesto.* Auto 027 del 6 de abril de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Pedro Díaz Amaya contra Inversiones El Danubio Ltda. y otro. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- CONSULTA.** Reconstrucción expediente. *Como la parte que solicitó la reconstrucción del expediente desistió de ella, se entiende confirmada la sentencia materia de consulta.* Sentencia 110 del 7 de abril de 1987. Declara en firme la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Luisa Delia Ortiz contra José Hernando García. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- REVISION.** Demanda. *Debe contener no solo los requisitos exigidos por los artículos 381 y 382 del C. de P.C. sino además los requisitos del artículo 75 ibídem que sean pertinentes, como el de indicar la dirección de la oficina o habitación donde demandante y su apoderado, demandado y su representante recibirán notificaciones personales para efectos del traslado de la demanda de revisión.* Auto 028 del 7 de abril de 1987. Mantiene auto proferido por la Corte mediante el cual se inadmitió la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario de José Agustín Camayo contra herederos de José María Pizo. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.
- NULIDAD PROCESAL.** Causal del número 9º del artículo 152 del C.P.C. *Como todas las causales de nulidad ésta debe ser propuesta a través del recurso de Revisión solo por la persona que tenga interés en su declaración, cuando la irregularidad haya vulnerado sus derechos, o sea por las personas que han debido ser notificadas o emplazadas y no por otras.*  
**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *No se atacaron todos los fundamentos de la sentencia.*  
**PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.** En nulidad absoluta de un contrato. *Debe citarse como violado el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.* Sentencia 111 del 8 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de María Segovia de Díaz contra José Manuel Cadavid. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 112 del 8 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Sonia Bacca de Cuadros contra José Manuel Cuadros Echeverri. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 113 del 8 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Margarita Medina Baena contra Manuel Vicente Segura Espinel. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 114 del 20 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jesús Antonio Izquierdo Rozo contra Nelly María Calderón Rincón. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 115 del 20 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de José Vicente Carvajal Mantilla contra Ana María Murillo de Carvajal. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 116 del 20 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Marta Cecilia Vargas contra José Eustacio Vargas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía indirecta. *En la reconstrucción del expediente no se allegaron las pruebas practicadas en las instancias, lo que hace imposible verificar si se incurrió en los yerros en que se apoya la censura.*

CASACION. Sentencia inhibitoria. *Al acusarla lo primero que debe hacer el recurrente es atacar los fundamentos que tuvo el Tribunal para dictar esa sentencia inhibitoria.* Sentencia 117 del 20 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Urbanización Magdala Ltda. contra Arturo Cortés Macías y Sonia Franco de Cortés. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. *Sólo lo son las que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes. No las demás, así estén en los códigos sustantivos.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. En perjuicios. *Debe citarse el artículo 1546 del C.C. y las demás relativas a perjuicios que haya hecho actuar el juzgador.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. En obligaciones y negocios mercantiles. *Se debe citar el artículo 822 del Código de Comercio.* Sentencia 118 del 21 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Simón E. Nieto García contra Constructora Sanz y Cia. Cobe Ltda. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 119 del 21 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Guillermo Tenorio Ordóñez contra Vitalia Núñez Pérez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 120 del 21 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de

Gustavo Rodríguez Muñoz contra Mery González de Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. Sentencia 121 del 21 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Rocío Amparo Correa Salazar contra Orlando de Jesús Blandón. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

NULIDAD PROCESAL. Emplazamiento indebido. *Para cumplir con las exigencias del artículo 318 del C. de P.C. se debe allegar al proceso, no copia parcial del diario donde se hizo la publicación del edicto, sino un ejemplar completo del de amplia circulación.* Auto 030 del 21 de abril de 1987. Declara la nulidad de lo actuado en el abreviado de Benjamín Ernesto Holguín Patiño contra Virginia Arboleda Arévalo. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía directa. *Resulta impropio y por fuera de toda la técnica del recurso que se censure la sentencia por esta vía disintiendo de las conclusiones a que llegó el Tribunal en el examen de los hechos.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Error de derecho. *La técnica del recurso exige que el recurrente cite el precepto o preceptos probatorios violados, y que, como consecuencia de esa infracción señale igualmente las normas sustanciales infringidas, con indicación del concepto de la violación. Y solo puede recaer sobre medios probatorios apreciados por el fallador.* Sentencia 123 del 22 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Luis Ignacio Martín Vargas contra Dolores Vargas vda. de Gasca. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Matrimonio. Obligaciones y deberes. Sentencia 125 del 22 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Yaneth Bolaños contra Luis Antonio Barón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Matrimonio. Prueba. Sentencia 126 del 22 de abril de 1987. REVOKA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Albina Múnar de Angel contra Natalicio Angel Guevara. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

COMPETENCIA. Conflicto. *Es competente para conocer del proceso de sucesión el juez civil del que haya sido realmente el último domicilio del causante.* Auto 031 del 23 de abril de 1987. Es competente el Juez 5° Civil del Circuito de Bucaramanga, para conocer del proceso de Sucesión de Alonso Cala Tolosa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Tres conceptos de violación. *Los errores de técnica de que adolece la formulación de los cargos, impide a la Corte considerarlos toda vez que no le corresponde perfeccionar o completar una censura defectuosa o trunca. Error de hecho y error de derecho. No se pueden confundir, ya que tienen características distintas.* Sentencia 128 del 27 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Héctor Javier Longas Gómez y otros contra Ismenia Muñoz de Múnera y otros. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *Errores de técnica en la formulación de los cargos. Se confunden los conceptos de la violación y la vía directa con la indirecta.*

Sentencia 129 del 27 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Juan Guillermo Posada Núñez y otro contra Pedro Luis Gómez Jiménez y otros. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía indirecta. Técnica. *Fallas de técnica impiden el estudio del cargo.*

PERTENENCIA. Casación. *En la demanda de casación por la vía directa, debe denunciarse como infringido el artículo 413 del C. de P.C.* Sentencia 130 del 27 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario Juana de Dios Melo Corvacho contra Agapito Melo Corvacho y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Legitimación activa y pasiva. *La legitimación en la causa es completamente ajena a los presupuestos procesales.* Sentencia 131 del 27 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena, en el ordinario de Hernán Andrés Ortega Pérez contra Colombian Mud Company Inc. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 132 del 27 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Rosalba Sierra de Ramírez contra Fabio Iván Ramírez Peñaranda. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 133 del 27 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Jesús María Ordóñez R. contra Blanca María Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 134 del 27 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Celso Herrera Pulido contra Nélida Cifuentes Torres. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. Sentencia 135 del 27 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Aracelly Ramírez de Velásquez contra Jairo Velásquez Quintero. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 136 del 27 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Jesús María Guarín Pedraza contra Ligia Noreña Bedoya de Pedraza. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Patria potestad. Pérdida. Sentencia 137 del 27 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Gloria Elena Sierra Castro contra Darisnel Enrique de la Ossa Vergara. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Vía directa e indirecta. *Diferencias entre estas dos vías. Técnica para la formulación de los cargos por la vía indirecta.* Sentencia 138 del 27 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de

- Hugo Revelo Medina y otra contra Juan Agustín Cepeda y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Tres conceptos de violación. *El recurrente omitió señalar expresamente en cada cargo el concepto de la violación lo que per se determina el fracaso de la demanda.* Sentencia 139 del 28 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Fernando Mercado Ulloa contra Unión de Transportadores de la Costa S.A. "UNITRANSCO". Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Vía indirecta. *Excluye la violación de la ley por el concepto de interpretación errónea.* Sentencia 140 del 28 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Arturo Restrepo R. otro contra Ana Isabel Jurado de Suárez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 141 del 28 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Blanca Lilia Suárez de Quintero contra Luis Teofrades Quintero Duque. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- DESISTIMIENTO.** Recurso. Auto 032 del 28 de abril de 1987. Se acepta el desistimiento que hace la parte recurrente del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Juana Camargo contra Sucesión de Carlos Matiz Pérez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- SENTENCIA.** Aclaración, corrección y adición. *Cuándo hay lugar a cada una de ellas.* Auto 033 del 28 de abril de 1987. Niega la aclaración y adición solicitada para la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Lizandro Sánchez Suárez contra Darío Maya Botero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.
- SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Reconstrucción expediente. Sentencia 141A del 28 de abril de 1987. Se entiende confirmada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Carmenza Osorio Flórez contra Campo Elías Urueña Acosta. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *No se propuso en forma completa la proposición jurídica. No se puede acusar el análisis de una prueba por error de hecho y de derecho simultáneamente. Acusación parcial de los medios de prueba.* Sentencia 144 del 29 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Froilán Sánchez Quesada contra Edelmira y Humberto Mateus Camacho. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.
- INCONSONANCIA.** Ocurrencia. *El principio de la concordancia no obliga a que exista conformidad literal entre la sentencia y las pretensiones y excepciones. Porque lo imprescindible es que la decisión recaiga sobre la totalidad de la materia litigiosa.* Sentencia 145 del 29 de abril de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Rodrigo Alberto y Javier León Londoño Osorno contra Francisco de Jesús Bedoya y otros.
- ACCION REIVINDICATORIA.** Identidad del bien. *La cosa sobre la que versa la reivindicación, no solamente debe ser la misma poseída por el demandado sino estar comprendida por el título de dominio en que se funda la acción.* Sentencia 146 del 29 de abril de 1987. NO

CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Aura Rosa Toro de Moreno contra Joaquín Moreno. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

CASACION. Sentencia. *Cuando se casa la sentencia la Corte debe declarar sin efecto los actos realizados para llevar a cabo la ejecución de la sentencia recurrida, así como ordenar al juez del conocimiento que proceda a disponer todo lo necesario para poner las cosas en el estado en que se encontraban antes de cumplirse la sentencia casada.* Sentencia 147 del 29 de abril de 1987. Adiciona sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Luis Enrique Polanía Gutiérrez contra Abraham Suárez Vanegas y otro. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 148 del 29 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Mireya Vergara Novoa contra Rigoberto Figueredo Mejía. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 149 del 29 de abril de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Fanny Beltrán Castro contra Ariel Grisales G. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

REVISION. Pertenencia. *La demanda de revisión debe dirigirse no sólo contra las personas determinadas, sino también contra las indeterminadas, pues fueron parte en el proceso que se pretende revisar, y de no hacerlo, la demanda es inadmisibile.* Auto 034 del 29 de abril de 1987. Inadmite la demanda de revisión presentada por José A. Cotes Brujes contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Ana Beatriz Machado de Espinosa contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. Sentencia 150 del 30 de abril de 1987. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Mercedes Vargas Cipamocha. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

EXEQUATUR. Nulidad de matrimonio católico. *El decreto de nulidad de un matrimonio católico proferido por autoridad eclesiástica en el exterior, no requiere de exequatur para que produzca efectos en Colombia.*

MATRIMONIO CATOLICO. Anulación. *La legislación de la Iglesia Católica incluido dentro de ella el matrimonio católico no está circunscrito en su imperio a los límites territoriales del Estado donde se profiera, sino que su ámbito de validez es de aplicación general.* Sentencia 151 del 30 de abril de 1987. No concede el exequatur solicitado por María Nelly Acevedo Calle contra la sentencia del Tribunal Interdiocesano del Arzobispado de Santiago de Chile. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Confesión. *La confesión ficta o presunta tiene el mismo valor que la expresa hecha con todas las formalidades legales.* Sentencia 152 del 30 de abril de 1987. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Rosa Amelia Sánchez Arcila contra Alberto Ilian Cruz Chica. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

MEDIDAS CAUTELARES. Apelación. *El auto que decreta o que niega medidas cautelares en procesos abreviados no está enlistado entre los apelables. Por tanto tampoco es susceptible del recurso de súplica.*

SUPLICA. Procedencia. *Únicamente para los autos que serían apelables.* Auto 035 del 30 de abril de 1987. Niega el recurso de súplica, contra el auto proferido en el abreviado de Tulia Esther Villamizar de Torrado contra Helí Abel Torrado T., del Tribunal Superior de Cúcuta. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. Costas liquidadas. *Se puede interponer y conceder el recurso de casación, aun debiendo el recurrente las costas liquidadas, pero no se le puede dar curso al recurso, pues la sanción es de no oír al deudor de costas.* Auto 036 del 30 de abril de 1987. Inadmite demanda instaurada en el proceso de sucesión de José Medina Mallarino. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

AMPARO DE POBREZA. *Quien obra bajo su amparo no puede ser condenado en costas.* Sentencia 154 del 4 de mayo de 1987. CONFIRMA sentencia apelada del Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Mercedes Tobón de Carrillo contra Rubén Darío Carrillo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 155 del 6 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Fanny Botero Cifuentes contra Héctor Fabio Cardona Trujillo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. Sentencia 156 del 7 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Nohemí Guzmán de Guarín contra Natanael Guarín Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 157 del 7 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Lucelly López contra Hernán Guerrero Delgado. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INCONSONANCIA. Interés o legitimación. *La incongruencia, si existe, debe irrogarle un perjuicio al recurrente en casación. Si toca con las pretensiones del actor, el interés no se radica en cabeza del demandado.* Sentencia 158 del 7 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Leonidas Robledo Botero contra Fabio Ocampo Londoño. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 159 del 7 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Luz Carime Rojas de Ariza contra Luis Horacio Ariza de Galindo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Relaciones sexuales extramatrimoniales. Sentencia 160 del 7 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Olga Lida Ríos contra Francisco José Vélez Villa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 161 del 7 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Helena Ardila de González contra Deiro González Henao. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Vía directa. Implica que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.* Sentencia 162 del 11 de mayo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Guillermo Rafael Quintero Zárate que impugna paternidad legítima del menor Edisberto Jesús, esposa Alicia Lizcano de Quintero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 163 del 11 de mayo de 1985. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Marina Concepción Carbonell Jimeno contra Patricio Jorge Madariaga O'ryan. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Errores de técnica impiden el estudio de fondo de los cargos.* Sentencia 164 del 11 de mayo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Darío Rincón Rojas contra Esther Valenzuela de Quintero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**QUEJA.** Procedencia. *El recurso de queja procede cuando se deniega el recurso de casación y no lo es cuando se declara desierto dicho recurso extraordinario.* Auto 038 del 11 de mayo de 1987. Declara ajustado a derecho el auto que declaró desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de José Gabriel Escobar Escobar contra Marta Cecilia Velásquez Gaviria y otras. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Técnica. Errores de técnica impiden el estudio de fondo del cargo propuesto.* Sentencia 165 del 13 de mayo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Urbanizadora Apartadó Ltda. en liquidación contra el Municipio de Apartadó (Antioquia). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**NULIDAD PROCESAL.** Falta de notificación. *Solo puede ser alegada, ya sea en el curso del proceso, o en casación por la persona afectada y no por otra.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Técnica. No se atacaron todos los fundamentos de la sentencia.*

**EXPEDIENTE.** Reconstrucción, pruebas. *Como no figuran en el expediente las pruebas cuya apreciación se censura, es imposible para la Corte hacer el estudio del cargo.* Sentencia 167 del 13 de mayo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Eugenio Ortegón Valbuena contra Héctor Manuel Jaramillo y otro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Vía directa e indirecta. Análisis de cada una de ellas. Carácter autónomo, dispositivo y formalista del recurso de casación.* Sentencia 168 del 13 de mayo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Ana Isabel Peña de Cuervo contra Tránsito Valenzuela y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.**

**ALIMENTOS.** Cónyuge. *Para ver si hay lugar a su prestación o no, debe tenerse en cuenta no solo el ingreso global del demandado, sino además: la incapacidad económica de la demandante, las circunstancias domésticas de cada uno; los gastos requeridos por el beneficiario, la atención a otras obligaciones familiares.* Sentencia 169 del 14 de mayo de 1987. **CONFIRMA** en parte la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de

Dalila Buritica de Flórez contra Edgard Flórez Rodas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.**

**COMPETENCIA.** Agotamiento. *La competencia para conocer de esta causa de matrimonio canónico, se agota con el fallo ejecutoriado que se dicte, sin que pueda la Corte a la postre conocer de determinaciones que se hayan tomado como consecuencia de la separación de cuerpos.* Auto 039 del 13 de mayo de 1987. Rechaza recurso de queja interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, en el abreviado de Carmen Cecilia Villamizar contra Luis Gonzalo Espinosa. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Vía directa e indirecta. *Es grave falla de técnica atacar en forma simultánea por las dos maneras de infracción, debido a que son diversos y opuestos. Error de hecho, error de derecho. Es imposible en casación enjuiciar un mismo medio probatorio por ambas formas de yerro simultáneamente.*

**EXPEDIENTE.** Reconstrucción, pruebas. *Para efectos del estudio de un cargo por la causal primera de casación, vía indirecta, es menester que las pruebas aportadas dentro de la reconstrucción del expediente, sean del mismo contenido, o sea, reproducción fiel de aquellas que obraron en el expediente original. De no ser así, se hace imposible el estudio del cargo.* Sentencia 171 del 14 de mayo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Parroquia de Ráquira contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 172 del 14 de mayo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María América Hernández de Lara contra Guillermo Lara Mendoza. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Abandono. Sentencia 173 del 14 de mayo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Eugenia Motoa Silva contra Efraín Abdala Idárraga. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 174 del 14 de mayo de 1987. **CONFIRMA** la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Pablo Antonio Gómez Medina contra Dilsia Almanza Cueto. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *No se integró la proposición jurídica. No se indicó la vía correcta de la violación. Confunde el error de hecho con el de derecho.*

**MEDIO NUEVO.** *Viola el derecho de defensa de uno de los litigantes, por eso no es aceptable en casación.*

**CORRECCION MONETARIA.** Contratante incumplido. *No se reconoce la corrección monetaria al contratante incumplido, pues equivaldría a prohijar el incumplimiento, que no puede legitimar derecho a reclamar devaluación de la moneda.* Sentencia 175 del 14 de mayo de 1987. **NO CASA** la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Manuel José Beltrán Urdaneta contra José Alvaro Bernal. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Prueba. *La parte demandante no asumió, como le correspondía, la carga probatoria en consonancia con las exigencias legales.*

Sentencia 176 del 14 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María del Carmen Gutiérrez de Vergara contra Jesús Antonio Vergara Velasco. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**NULIDAD PROCESAL.** Saneamiento. *Al ser informado, por aviso, el demandado, de su indebido emplazamiento, guardó silencio, razón por la cual no se sanó la nulidad existente, la que debe declararse ahora.* Auto 040 del 14 de mayo de 1987. Declara nulidad de lo actuado. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Alimentos.

– Al cónyuge. *El señalamiento de cuota de alimentos al cónyuge se condiciona, solo "si fuere el caso", o sea cuando se reúnen las condiciones generales para pedir alimentos.*

– Al hijo. *Es obligación del juzgador en los procesos de divorcio y separación de cuerpos reglamentar la forma en que haya de prestarse los alimentos y su cuantía en forma concreta si fuere posible.* Sentencia 177 del 15 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Myriam Cuevas Valbuena contra Jaime Alfredo Ramírez Arenas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 178 del 15 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Elba del Socorro Barrios Domínguez contra Luis Carlos Hernández Ruiz. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 179 del 15 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Dilia Zambrano de Durán contra Alcides Durán Cortés. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**EXPEDIENTE.** Reconstrucción pruebas. *Para establecer el alcance de la violación de textos sustanciales se requiere tener a la vista en el expediente reconstruido las pruebas erróneamente apreciadas por el juzgador. Si no aparecen dichas pruebas, no se puede cotejar el quebranto de los preceptos denunciados, o sea, no se puede estudiar el cargo.* Sentencia 180 del 19 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Orlando Castañeda Velásquez contra Renato de Milleri Petronio. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Prueba. Sentencia 181 del 19 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria del Pilar Vanegas Bello contra Luis Ignacio Lozada Perdomo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *No puede acusarse por error de hecho y de derecho simultáneamente, en relación con la misma prueba.*

*Indicio. La apreciación de los indicios corresponde al juzgador de instancia.* Sentencia 182 del 19 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Norberto Prada contra herederos de Mario Gómez Plata. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.** Obligaciones de hacer. *Cuando se condena al pago de perjuicios, daño emergente y lucro cesante, por el cumplimiento defectuoso de la obra, se deben citar como violados los artículos 1604, 1609, 1613, 1614, 1615, 1616,*

2053, 2056 y 2059 del C.C. Sentencia 184 del 20 de mayo de 1987. No CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Guillermo Arango V. Sucesores Ltda. contra Armando Rubio Duque. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

#### SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

MEDIDAS CAUTELARES. Oposición al secuestro (*el artículo 687 en su numeral 6º del C.P.C.*). Con la intervención del tercero lo que se discute es la posesión material del bien, mas no la propiedad que no puede dilucidarse a través de un simple incidente. Auto 043 del 20 de mayo de 1987. CONFIRMA el auto apelado proferido por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Gema Taborda de Varona contra Reinaldo Varona Restrepo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CARGA PROCESAL. Incumplimiento. *Quien no satisface oportunamente una carga procesal, cuando la cumpla, toma el proceso en el estado en que se encuentre.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. Costas liquidadas. *Para que pueda darse trámite a la demanda de casación deben consignarse a más tardar dentro del término para la presentación de la demanda; después resulta extemporáneo y el recurso se declara desierto.* Auto 044 del 20 de mayo de 1987. No repone el auto que inadmitió la demanda de casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Ana Medina de Parra y Evelio León León contra Fermín Campos Sánchez y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

REVISION. Requisitos. *Se requiere que la causal invocada se halle tipificada en la ley y además que la argumentación del recurrente, como su demostración conduzcan a probar la causal invocada y no una diferente.*

*Causal 6ª artículo 380 del C.P.C.*

*Alegar que en el proceso que se revisa no se indicó el nombre y la dirección del demandado (heredero) conociéndolas, no constituye la causal 6ª de "maniobras fraudulentas", sino la causal 7ª de indebida representación o falta de notificación.* Sentencia 186 del 21 de mayo de 1987. Declara infundada la revisión propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Evangelina Torres vda. de Bonilla contra herederos indeterminados de Luis Eduardo Lozano Pinzón. Revisión propuesta por Luis Eduardo Lozano Herrera y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta: Sentencia 187 del 21 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Olivia Mejía de Hernández contra Gregorio Hernández Balboa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 188 del 21 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Graciela Lezama Varón contra Isidro Reyes Cardozo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 189 del 21 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Herminia Cadena de Chacón contra Pedro Nel Chacón Jiménez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 190 del 21 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Ruby Mejía Monsalve contra José Rubiel Valencia Jiménez.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 191 del 21 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Isabel Rivera Chujfi contra Ibrahim Salim Abou-Raad. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 192 del 21 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ruperto Triviño Mora contra Ana Isabel García Mora. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

CASACION. Deserción. *Al deudor de una carga procesal pecuniaria, se le puede conceder y admitir el recurso de casación, pues ello corresponde a la interposición del recurso; pero como la presentación de la demanda corresponde a su sustentación, en ese momento no se le puede oír, y se debe declarar desierto el recurso.* Auto 045 del 21 de mayo de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Isabel Posada vda. de Acevedo contra Campo Emilio, Edgard Acevedo y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *En la demanda no se invocó el concepto de la violación de la norma sustancial, lo que hace inadmisibile la demanda.* Auto 046 del 21 de mayo de 1987. Declara desierto el recurso de interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Amparo Aldana Peñaranda contra Carlos Astudillo Rodríguez. Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*.

CASACION. Deserción. *Al deudor de una carga procesal pecuniaria, se le puede conceder y admitir el recurso de casación, pues ello corresponde a la interposición del recurso; pero como la presentación de la demanda corresponde a su sustentación, en ese momento no se le puede oír, y debe declararse desierto el recurso.* Auto 047 del 21 de mayo de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de José Antonio Restrepo Sánchez contra María Jesús Restrepo Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

PATRIA POTESTAD. Pérdida. Sentencia 193 del 22 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Rocio Agudelo Mazo contra José Darío Martínez Sepúlveda. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

EXPEDIENTE. Reconstrucción. *Según lo dispuso el Decreto 3829 de 1985, contra el auto que decide sobre la reconstrucción del proceso procede el recurso de súplica. Pero no es procedente este recurso contra el auto que señala nueva fecha para la celebración de la audiencia respectiva.* Auto 048 del 22 de mayo de 1987. Rechaza por improcedente el recurso de súplica interpuesto contra el auto dictado en el proceso de Luis Ma. Monroy y otra contra José Demetrio Betancourt o Serrano. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Norma sustancial. *No lo es el artículo 4º del C. de P.C. y por tanto su desconocimiento por sí solo no estructura un cargo en casación con fundamento en la causal primera.* Auto 048A del 22 de mayo de 1987. Inadmite la demanda de casación y consecuentemente declara DESIERTO el recurso interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Aicardo Grajales Hincapié contra Alfonso Vásquez Garcés. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 194 del 26 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Amparo del Socorro Sánchez de Montoya contra Jorge Alonso Montoya Tirado. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 195 del 26 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el abreviado de María Elena Ramírez Fernández contra Luis Alfonso Diaz Contreras. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Prueba. *No se acreditaron los motivos que se invocaron en el libelo del actor para solicitar la separación, por lo que la sentencia es absolutoria.* Sentencia 196 del 26 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Arnulfo Bonilla contra Carmen Velásquez Sierra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 197 del 26 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Luz Adriana Gómez Salazar contra Germán Humberto Bedoya. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *En declaración de nulidad sustancial. Se deben citar como violados los artículos 1741 del C.C. y 2º de la Ley 50 de 1936 cuando el juzgador declara la nulidad absoluta del contrato pero no por el concepto de falta de aplicación, porque sí los aplicó.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Interpretación de la demanda y de los contratos. *Los errores que se cometan en estas interpretaciones van por la vía indirecta y no por la directa.* Sentencia 198 del 26 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Fulgencio Segrera Solana contra Iván Perea Castro. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

CASACION. Excepción previa. *Aunque en principio se aceptó el recurso de casación contra el auto que decidía las excepciones de fondo planteadas como previas, al desatar el recurso la Corte se inhibe de decidir sobre la demanda de casación y reitera que los autos no gozan de este recurso extraordinario.* Sentencia 199 del 26 de mayo de 1987. Se inhibe para decidir sobre el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Gustavo Hernández y Matilde Hoyos de Hernández contra Almacén Ancla Jaramillo Angel y Cía. Ltda. y otros.

CASACION. Devolución expediente. *Como el Tribunal Superior no ha dado cabal cumplimiento a los artículos 370 y 371 del C. de P.C. se ordena devolverle el expediente, a fin de que cumpla con las exigencias que contemplan dichas normas.* Auto 050 del 27 de mayo de 1987. Ordena devolución del expediente al Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Lesión enorme. *Debe citarse como infringido el artículo 1947 del C.C. que es el que determina los supuestos sine qua non que estructuran el fenómeno jurídico de la lesión enorme.* Sentencia 200 del 28 de mayo de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Carlos Harold Bonilla y otros contra Joaquín H. Ramírez Quintero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**REVISION.** Competencia. *La Corte no es competente para conocer de la demanda de revisión contra las sentencias dictadas por los juzgados civiles de circuito.* Auto 051 del 28 de mayo de 1987. Inadmite el recurso interpuesto por María Libia Pedraza de Briceño contra la sentencia del Juzgado 15 C.C. de Bogotá, en el proceso de Luis María Briceño contra María Libia Pedraza de Briceño. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.*

**NULIDAD PROCESAL.** Sanearamiento. *Como no es posible poner en conocimiento del demandado la irregularidad en que se incurrió en su emplazamiento, no se puede sanear la nulidad y por lo tanto debe declararse.* Auto 052 del 28 de mayo de 1987. Decreta la nulidad de lo actuado. Sentencia del Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

**CASACION.** Cuantía. *Al dictaminar sobre el valor del interés jurídico del recurrente, para efectos de la casación, no se pueden tener en cuenta las utilidades, valorizaciones, "superávit", pues son apenas eventualidades o incertidumbres.* Auto 053 del 28 de mayo de 1987. Estima bien denegada la casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Amelia Restrepo de Valencia contra Lucio Aníbal Vanegas y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

**CASACION.** Admisión. *Cuando la sentencia recurrida versa sobre prestaciones patrimoniales, el recurrente debe oportunamente suministrar lo necesario para la expedición de copias para su cumplimiento o en su defecto prestar la caución pertinente, so pena de inadmitirse el recurso de casación.* Auto 054 del 28 de mayo de 1987. Inadmite el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Bernarda Espinosa vda. de Luis y otros contra Teresa de Jesús Luis Acosta y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Patria Potestad. *Se accede a la solicitud del Ministerio Público en el sentido de privar al demandado del ejercicio de la patria potestad, debido al abandono del hijo menor.* Sentencia 201 del 29 de mayo de 1987. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Silva Peña de Barrera contra Reynaldo Barrera. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 202 del 29 de mayo de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Felipe Herrera Salas contra Rosina Estela Romero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Reformatio in pejus. *No se incurre en ella cuando el superior priva al demandado del ejercicio de la patria potestad, teniendo en cuenta la causal de separación demostrada, pues por imperativo legal debe resolver sobre este tópico.* Sentencia 203 del 29 de mayo de 1987. CONFIRMA en parte la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Clara Inés Aristizábal de Beltrán contra Alvaro Beltrán García. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Abandono. *Si bien la demandada se ausentó del hogar, se debió al maltrato que recibía del demandante, por eso el abandono no es injustificado y no da lugar al decreto de separación.* Sentencia 204 del 3 de junio de 1987. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Pedro Arturo Acevedo contra Carmen Cárdenas de Acevedo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.*

- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *No basta enumerar los textos sustanciales que se consideren infringidos y señalar el concepto de la violación, el recurrente debe además precisar su alcance, exteriorizar su concepto de suerte que pueda establecer la manera como se han quebrantado los preceptos acusados.* Sentencia 205 del 3 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de María Angélica Díaz de Forero contra Alfonso Villamil Murcia. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*
- CASACION.** Procedencia. *No es procedente este recurso extraordinario, contra sentencias dictadas en procesos abreviados.* Auto 055 del 3 de junio de 1987. Declara bien denegada la casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Ele Fernando y Cia. S. en C. contra Agrícola Ocampo Hermanos Ltda. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.*
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Técnica. *Defectos de técnica impiden el estudio de fondo de los cargos.* Sentencia 206 del 5 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Fernando Rodríguez Nafa contra Isidro Borda Vásquez. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*
- INCONSONANCIA.** Ocurrencia. *No se da nunca en sentencia totalmente absolutoria.* Sentencia 207 del 5 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Probolsas Montoyas y Cia. Ltda. contra Cárdenas Pérez Hermanos y Cia. Ltda. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*
- PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.** Resolución contrato mercantil. *Debe citarse como violado, además de los citados por el recurrente, el artículo 870 del Código de Comercio.* Sentencia 207 del 5 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Probolsas Montoyas y Cia. Ltda. contra Cárdenas Pérez Hermanos y Cia. Ltda. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*
- QUEJA.** Procedencia. *Procede contra el auto que deniega la concesión del recurso de casación, además contra el auto que declara desierto el recurso de casación cuando por culpa del recurrente no se practica el dictamen pericial para el justiprecio del interés para recurrir.* Auto 056 del 5 de junio de 1987. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Hernán Rodríguez Fernández y otros contra Siderúrgica de Medellín S.A. -SIMESA-. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*
- VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Reconstrucción expediente. *Como no se reconstruyeron todas las pruebas sobre cuya apreciación se fundan los presuntos yerros de hecho y de derecho, es imposible para la Corte hacer las confrontaciones con las normas sustanciales que se consideran violadas y por tanto los cargos no pueden prosperar.* Sentencia 208 del 8 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Ruby Genoveva Rodríguez y Bernarda Eyicel Rodríguez contra sucesión de Bernardo Espinosa. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*
- REVISION.** Preceptiva técnica. *Taxatividad de las causales que permiten este recurso. Los vicios que se aleguen deben manifestarse en relación con hechos o situaciones producidos con posterioridad a la sentencia.*
- REVISION.** Nulidad procesal. *No abarca las nulidades procesales ocurridas antes de dictar el fallo.* Sentencia 209 del 8 de junio de 1987. Declara infundada la revisión propuesta por Alejo Valenzuela Ramírez contra la sentencia del Tribunal Superior de

Neiva, en el proceso de Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– contra Alejo Valenzuela Ramírez y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**REVISION.** Representación indebida. *El hecho de haber afirmado que se desconocía el paradero de la demandada en el proceso de pertenencia, impidió la comparecencia de ésta al proceso y por tanto se da la causal 7ª de revisión, que conduce a la nulidad de todo lo actuado en el proceso que se revisa.* Sentencia 210 del 8 de junio de 1987. Declara la invalidez de la sentencia revisada y proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Luis Antonio Alemán Duque contra Ana Eloisa Rodríguez Garavito (R) y personas indeterminadas y Ana Emma Rodríguez de Montoya (R). Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 211 del 9 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Dolores Valderrama Villamil contra José Hipólito Aguilar Ardila. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 212 del 9 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de María Enid Guzmán Largacha contra Jairo Gómez Escobar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS.** Apelación. Sentencia 213 del 9 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el abreviado de Rubén Darío Pérez Mosquera contra Beatriz Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 214 del 9 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Dolores Valderrama Villamil contra José Hipólito Aguilar Ardila. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 216 del 10 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Clemente Ruiz Calderón contra Cleotilde Romero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 217 del 10 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Ana Delia González Giraldo contra José Fernando Novoa Gallego. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 218 del 10 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Blanca Stella Tobón Miranda contra Iván Arango Gómez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Apelación. Sentencia 219 del 10 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de César Henao Cardona contra María Amparo Villa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 220 del 10 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Jairo Delgado Serna contra Martha Lucía Rivera Grisales. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Caducidad. *Como la demandante tuvo conocimiento de las relaciones sexuales de su marido, y los ultrajes ocurrieron mucho tiempo atrás, el derecho a demandar por estas causales se encuentra caducado.* Sentencia 221 del 11 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Carmenza Córdoba Márquez contra Luis Santiago Mendoza Mora. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 222 del 11 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Betzabé Sanabria Leal contra Ciro Adelo García. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**NULIDAD PROCESAL.** Emplazamiento indebido. *En el emplazamiento por los trámites del artículo 318 del C. de P.C. faltó la formalidad del juramento lo que acarrea la nulidad de lo actuado.* Auto 057 del 11 de junio de 1987. Declara la nulidad de lo actuado en el proceso de Carolina Torres de Henao contra Reynel Henao Chica. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra (Sólo)*.

#### VIOLACION LEY SUSTANCIAL.

- *Norma de carácter no nacional.*

*Las normas de carácter no nacional como las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales, no son acusables en casación a través de la causal primera.*

- *Norma sustancial, determinación.*

*Es requisito de forma de la demanda de casación cuando se impugna por la causal primera, señalar claramente las disposiciones que se consideren quebrantadas, indicando el código o ley a que pertenecen.*

- *Vía indirecta.*

*Error de hecho, error de derecho. Ningún cargo puede configurarse citando en abstracto un conjunto de pruebas, sino que la censura debe precisar, concretándolos, los elementos probatorios en cuya valoración haya errado el fallador.*

Sentencia 223 del 12 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Pedro Antonio Bohórquez González contra María Leonor Acosta de Rueda. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

#### REVISION.

- *Naturaleza del recurso.*

*Las causales de revisión son taxativas. No permite un replanteamiento del asunto litigioso.*

- *Documento nuevo.*

*Elementos de demostración de esta primera causal de revisión.*

- *Maniobra fraudulenta.*

*Elementos de demostración de esta causal 6ª de revisión.*

- *Reconstrucción expediente.*

*Imposibilidad de estudiar los cargos debido a que no se reconstruyó el proceso en que se dictó el fallo cuya revisión se demanda.*

**FUERZA MAYOR.** *Los hechos que la configuran deben ser imprevisibles e irresistibles.* Sentencia 224 del 12 de junio de 1987. Declara infundada la revisión propuesta por Patricia, José Luis y Alvaro Santos Sánchez y Gustavo Barragán Moscoso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Hernando Pachón contra los recurrentes y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**CASACION.** *Autonomía de los cargos.*

*Es defecto de técnica involucrar dentro de un cargo asuntos propios de otra causal y es motivo suficiente para rechazar el ataque con fundamento en la autonomía de los cargos.*

**DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS.** *Procedencia.*

*El primer remedio es pedir aclaración de la sentencia. No es medio de enmendar un vicio de interpretación de la ley sustancial. Se da cuando la parte resolutive contiene pronunciamientos antagónicos que son imposibles de cumplir simultáneamente por destruirse u oponerse.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Reconstrucción expediente.*

*Como no se reconstruyeron las pruebas cuya valoración errónea se alega, es imposible para la Corte analizarlas y ver si en realidad hubo error evidente u ostensible.*

**MANDATO.** *Sin representación.*

*La acción de que dispone el mandante para que el mandatario le transfiera los bienes provenientes del negocio sustitutivo es de naturaleza personal y no real.*

Sentencia 225 del 16 de junio de 1987. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Jorge Márquez Velásquez contra María Victoria Mejía de Márquez. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Errores de técnica impiden el estudio de fondo de los cargos.* Sentencia 227 del 16 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Marleny Rivas González contra Marco Antonio Bonilla. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**REVISION.** *Indebida representación.*

*Si se incurrió en esta causal de revisión, pues no se citaron al proceso de pertenencia los herederos del propietario fallecido; luego se invalida la sentencia materia de revisión.*

Sentencia 228 del 16 de junio de 1987. Invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Bernardo Loaiza Rojas contra Belisario Malagón o Belisario Saíz y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden un estudio de fondo.* Sentencia 228A del 16 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Alicia Delgado de Ferro y otros contra Alicia Ferro de Cáceres y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**PATERNIDAD NATURAL.** *Posesión notoria. Se puede establecer no solo con un conjunto de testimonios, sino además con otros medios autorizados por la tarifa legal, como documentos y presunciones.* Sentencia 228B del 16 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, con el ordinario de Ana Isabel Hernández Pestana contra Antonio Carlos Hernández y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**NULIDAD PROCESAL.** *Emplazamiento indebido.*

*En relación con el juramento a que se refiere el artículo 318 del C. de P.C. deben distinguirse dos aspectos bien diferentes: uno "afirmar" bajo juramento, esto es, aseverar, decir o manifestar en el respectivo escrito y otro el de "prestar" el juramento que no requiere diligencia especial, sino que basta la presentación del respectivo escrito.* Sentencia 229 del 17 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso de Gloria Fanny Caicedo Garzón contra Fabio Mejía Vallejo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Técnica. No es procedente la impugnación aislada de los medios de prueba.*

**INCONSONANCIA.** *No se da este vicio en la sentencia recurrida.* Sentencia 230 del 17 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Solvequímicos Limitada contra Continental Compañía de Seguros Generales S.A. Sucursal Medellín (R). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Técnica.*

*Trátase de quebranto directo o indirecto de la ley sustancial la técnica del recurso no permite que respecto de una misma norma o normas se aduzca simultáneamente más de un concepto de violación. Si el fallo se funda en múltiples pruebas deben combatirse todas. No se puede pretender una revisión general de los hechos para sacar conclusiones distintas.* Sentencia 231 del 17 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el ordinario de José de Jesús Gamboa contra Ana Francisca Bautista Vera y otra (Recurrente Ana Georgina Daza de Bautista). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** *Consulta.* Sentencia 232 del 17 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Francisco Vega Torres contra Luz Marina Espinosa de Vega. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.**REVISION.** *Reconstrucción expediente. Como los recurrentes no lograron reconstruir el expediente donde se dictó la sentencia materia de este recurso, carece la Corte de elementos de convicción para entrar a juzgar si le asiste o no razón en la inconformidad que alegan los impugnadores en revisión.* Sentencia 232A del 17 de junio de 1987. Declárase infundado el recurso interpuesto por Leonor Abella de Delgado y Hernando Pompeyo Delgado Campo contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas" contra los recurrentes. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.**CASACION.** *Reconstrucción expediente. Si la solicitud de reconstrucción del proceso no se formula por el recurrente o si formulada se desinteresa en su tramitación, o la formula en forma extemporánea, la otra parte puede pedir que se declare desierto el recurso, solicitud que prospera.* Auto 058 del 17 de junio de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Pastor Antonio Narváez Vallejo y otro contra Juan Vicente Narváez Gómez y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.**NULIDAD PROCESAL.** *Saneamiento. No se da curso al incidente de nulidad, pues la nulidad alegada no se encuentra saneada, por no haberla alegado oportunamente.* Auto 059 del 17 de junio de 1987. Mantiene el auto proferido por la Corte (Recurrente Rubiela Ramírez de Espinosa). Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**COMPETENCIA.** Conflicto. *En los procesos de separación de cuerpos, si el demandante no conserva el domicilio anterior, y el demandado no tiene domicilio o residencia conocidos, el competente para conocer es el Tribunal del domicilio de la demandante.* Auto 061 del 17 de junio de 1987. Es competente el Tribunal Superior de Medellín, para seguir conociendo del proceso de Margarita Teresa Suárez contra Floro Alberto Loaiza. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**NULIDAD PROCESAL.** Falta de notificación o emplazamiento.

*Casos en que puede ocurrir esta causal de nulidad, que sirve de fundamento al recurso de casación cuando la propone el tercero que debiendo haber sido llamado al proceso, no lo fue ilegalmente.*

**NULIDAD PROCESAL.** Distinto procedimiento.

*Debe predicarse respecto de las pretensiones principales de una demanda, mas no de los ordenamientos consecuenciales que se deriven de aquéllas.*

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** *Errores de técnica impiden el estudio de fondo de los tres últimos cargos.* Sentencia 233 del 18 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el ordinario de Eunice Buitrago Torres antes de Duarte contra los menores Hugo Andrés Pineda Buitrago y Juan Diego Pineda Londoño (Recurrente Juan Diego Pineda Londoño. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

**PROVIDENCIAS.** Fecha. *Es frecuente y carece de trascendencia el error consistente en datar los escritos de principio de año, con la numeración del que acaba de fenecer. No constituye causal de nulidad.* Sentencia 234 del 18 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Sociedad Mercantil Castro y Cia. contra Helí Méndez Acevedo y María Dolores Maldonado de Méndez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**VIOLACION LEY SUSTANCIAL.** Error de hecho. *La calificación que de los testimonios haga el sentenciador es cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional del juzgador y el desacerto en que incurra al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho.* Sentencia 235 del 18 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de la menor Leytti Fernanda Díaz contra Gilberto Ochoa Riveros y Ana Urueña de Olaya hoy Gloria Inés, Gilberto, Amparo, Ana Lucía, Fernando, Carlos Alfonso y Oscar Augusto Olaya Urueña como herederos de Hildebrando Olaya Urueña. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

**REFORMATIO IN PEJUS.** Ocurrencia. *No se da cuando el demandado apela de toda la parte resolutive de la sentencia y el Superior revoca una parte que a la postre le era favorable al recurrente y se inhibe para decidir sobre ella.*

**SENTENCIA.** Aclaración. *No se incurre en la nulidad prevista por el numeral 2º del artículo 152 del C. de P.C. cuando el juez mediante aclaración a la sentencia corrige el error que había cometido al designar la parte que debía ser condenada en costas.*

**SENTENCIA INHIBITORIA.** Parcial. *Cuando se presenta el fenómeno de indebida acumulación de pretensiones, el juez debe dictar sentencia de mérito en lo pertinente y sentencia inhibitoria en lo demás.*

**ARRENDAMIENTO.** Obligaciones del arrendador. *Si el arrendador perturba en alguna forma el goce del bien dado en arrendamiento, debe indemnizar al inquilino por los perjuicios que le ocasione.*

**CASACION.** Medio nuevo. *Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, todo planteamiento nuevo que se refiera directa o indirectamente a los hechos, constituye medio nuevo no aceptado en casación.* Sentencia 235A del 18 de junio

de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Fábrica de Botones Rosamar y otros contra Sociedad Papelería Danaranjo Ltda. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonibento Fernández*.

CASACION. Demanda. *Si no reúne los requisitos legales para ser admitida, se declara desierto el recurso de casación.* Auto 062 del 18 de junio de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Vicenta Contreras de Caldas y Agripina Caldas contra Guillermo Sarmiento Cortés. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonibento Fernández*.

CASACION. Excepción previa. *La Corte reitera que la providencia que decide excepciones de fondo formuladas como previas, por ser un auto, y no sentencia, carece de esta impugnación extraordinaria.* Auto 062A del 18 de junio de 1987. Declara bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Acertar y Cia. S. en C. contra La Nacional Cia. de Seguros Generales de Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Héctor Martín Naranjo*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 236 del 19 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el abreviado de Alicia Beatriz Rosales de Suárez contra Gumercindo Suárez García. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonibento Fernández*.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Consulta. Sentencia 237 del 19 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María del Carmen Martínez de Menjura contra Fernando Humberto Menjura Silva. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonibento Fernández*.

CASACION. Reconstrucción expediente. *Se declara desierto el recurso interpuesto, y ejecutoriada la sentencia respectiva, debido a que no se solicitó por el interesado, en forma oportuna la reconstrucción del expediente destruido en noviembre de 1985.* Auto 063 del 19 de junio de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Bertha Alicia Monsalve contra Sucesión de Ramón Horacio Barrera Yepes. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *Dada la distinta naturaleza de los tres conceptos de violación, resulta antitécnico enrostrar al sentenciador quebranto de una norma por dos de tales aspectos simultáneamente.* Sentencia 238 del 23 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Inés Echeverry contra Gonzalo Flórez Marín y otros. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonibento Fernández*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *Errores en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo.* Sentencia 239 del 23 de junio de 1987. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Juan Crisóstomo Díaz Domínguez contra Francisca Floricelda Gómez de Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonibento Fernández*.

COSTAS. Condena. *Cuando en el proceso salen victoriosas todas las pretensiones de la parte actora, se debe condenar al demandado en el 100% de las costas.* Sentencia 240 del 23 de junio de 1987. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso de

Rosa Julia García de Arenas contra Hernando Arenas Acevedo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

**CARGA PROCESAL PECUNIARIA.** Costas. *El recurrente sí cumplió con todas las cargas procesales que le competen y por tanto el recurso de casación debe admitirse y darle curso.* Auto 064 del 23 de junio de 1987. Deniega solicitud y acepta la demanda interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Fernando González y Olga Ruth Godoy contra Mazuera Villegas y Cia. S.A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**REVISION.** Reconstrucción expediente. *Naturaleza jurídica de este recurso. Como la recurrente no logró reconstruir el expediente donde se profirió la sentencia recurrida, es imposible cotejar los hechos que en su demanda expresó y por tanto el recurso no prospera.* Sentencia 241 del 24 de junio de 1987. Declárase infundado el recurso interpuesto por Evangelina Meza Vásquez contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Florentino Martínez Cabarico contra Diosa Cervantes de La Hoz. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Competencia. Agotamiento. *Por ser una competencia privativa de acuerdo con el Concordato, la Corte carece de competencia para conocer de lo actuado con posterioridad a la providencia que le pone fin al proceso.* Auto 065 del 26 de junio de 1987. Se abstiene de pronunciarse respecto de la apelación del auto proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Cristina Restrepo de Bueno contra Alejandro Bueno Castro. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*.

**SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.** Consulta. Sentencia 243 del 30 de junio de 1987. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Gloria Patricia Henao de García contra José Luis Osorio Rendón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.

**NULIDAD PROCESAL.** Emplazamiento indebido. *Cuando se desconoce el paradero del demandado, en los trámites de su emplazamiento se deben allegar al proceso los ejemplares completos de los periódicos donde salga la publicación del edicto, so pena de incurrir en nulidad de lo actuado.* Auto 066 del 30 de junio de 1987. Declara la nulidad de lo actuado en el proceso de Raquel de las Mercedes Murcia M. contra Luis Alberto Hurtado Botero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

**CASACION.** Reconstrucción expediente. *Se declara desierto el recurso interpuesto, y ejecutoriada la sentencia respectiva, debido a que no se solicitó por el interesado, en forma oportuna, la reconstrucción del expediente destruido en noviembre de 1985.* Auto 067 del 30 de junio de 1987. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Carlos García Córdoba y otros contra Rogerio Guzmán y Rosa Edilma Granada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*.



En los Talleres Editoriales de la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
se terminó el diseño e impresión de este libro.  
Bogotá, D.E., marzo de 1988