

H. L. L. L.
COLUMBIA

3-112-94.09 12-2

de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL.



Magistrado Ponente: Doctor PEDRO LAFONT PIANETTA

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Referencia: Expediente No.4293

Se deciden por la Corte los recursos extraordinarios de casación interpuestos por GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO, ALFREDO MOSQUERA GARZON, ALFREDO, JORGE Y FERNANDO MOSQUERA TRUJILLO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, el 29 de septiembre de 1992, en el proceso ordinario promovido por GILMA MOSQUERA DE DIAZ, como heredera de Ursulina Trujillo de Mosquera contra ALFREDO MOSQUERA GARZON, la sociedad "AGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. -en liquidación- y los señores ALFREDO, FERNANDO, JORGE Y GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO, herederos también de Ursulina Trujillo de Mosquera.

I - ANTECEDENTES

1.- La señora Gilma Mosquera de Díaz,

ma de Justicia

actuando al efecto como heredera de Ursulina Trujillo de Mosquera convocó mediante demanda que por reparto correspondió conocer al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva (fls. 37 a 41, C-1), a la sociedad "Agropecuaria Hermanos Ltda." -en liquidación- y a los señores Alfredo, Fernando, Jorge y Gratiniano Mosquera Trujillo, herederos también de la misma causante, a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que, en síntesis, se proveyese sobre las pretensiones siguientes:

1.1.- Que se declare la inexistencia de la escritura pública No.866, otorgada supuestamente el 22 de julio de 1975 en la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, por carecer de la firma del Notario.

1.2.- Que, en consecuencia, se considere como "no celebrado" el contrato de compraventa en ella contenido, mediante el cual Alfredo Mosquera Garzón dice vender y la sociedad demandada (hoy en liquidación), dice comprar la hacienda denominada "El Hotel", con tres lotes o "cerramientos" conocidos con los nombres de "Mangón del Arrayán", "Mangón de la Casa" y "Mangón del Plato, Peñón o Tigre", ubicados en la comprensión territorial del municipio de Aipe, departamento del Huila.

1.3.- Que se condene a los demandados a restituir "esas propiedades con sus respectivos frutos naturales y civiles" a la sociedad conyugal formada por

de Justicia

Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo de Mosquera, (en liquidación en la sucesión de esta última), frutos que se determinarán en concreto conforme a lo establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, según el texto de esta norma, vigente a la presentación de la demanda (abril 4 de 1987).

1.4.- Que se ordene a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva la cancelación de la inscripción de la referida escritura pública en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 200-0002142, 200-0002493, 200-0002494 y 200-0002495, de tal suerte que los títulos de propiedad de los inmuebles respectivos, queden "vigentes en favor de la sociedad conyugal formada entre Alfredo Mosquera Garzón y la causante Ursulina Trujillo de Mosquera" (fl. 37 vto., C-1).

2.- Como supuestos fácticos de sus pretensiones, expuso la demandante, en resumen, los siguientes:

2.1.- Durante la vigencia de la sociedad conyugal formada en virtud del matrimonio católico celebrado con Ursulina Trujillo el 16 de julio de 1925, en el caserío de Guacirco, parroquia de Neiva, el señor Alfredo Mosquera Garzón adquirió a título oneroso, la hacienda denominada "El Hotel" con sus cerramientos de nombres "Mangón del Arrayán", "Mangón de la casa" y "Mangón del Plato, Peñón o Tigre", "ubicado

de Justicia

todo en la vereda El Dindal, municipio de Aipe, a términos de la escritura pública #1.454 de 28 de diciembre de 1968, de la Notaría Segunda de Neiva, registrada en el libro I, Tomo I, página 459, número 806 y matrícula en Libro de Aipe, Tomo 6, números 1198 a 1202", (fl. 38, C-1), inmuebles cuya descripción y linderos aparecen en detalle en la demanda.

2.2.- El señor Alfredo Mosquera Garzón, "en su afán de favorecer a unos hijos y desfavorecer a otros, especialmente a las hijas mujeres, se apresuró a simular la venta de esas valiosas propiedades", en favor de sus hijos varones Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, para lo cual, mediante la escritura pública cuya inexistencia se impetra declarar, dijo vender, por la suma de \$1'000.000, a la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda." los bienes a que se refiere la demanda, sociedad esta formada por sus hijos varones aquí demandados, constituida por escritura pública No.775 de 3 de julio de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva, con registro mercantil No.23-08910-3 y cuya duración contractual se pactó desde la fecha de su otorgamiento, "hasta el 2 de julio de 1980" (fl.38, C-1).

2.3.- En declaración escrita, rendida y autenticada ante el Notario Segundo del Círculo de Neiva, los señores Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, manifestaron haber recibido directa-

Correa de Justicia

mente de su progenitor los inmuebles a que tendrían derecho como herederos suyos al fallecimiento de éste y, en consecuencia, expresan que, sobre "los inmuebles que quedaren" distintos a los recibidos por ellos, tendrán "derecho exclusivo" los "demás herederos". Además se obligan, como fundadores de la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda", a no enajenarla mientras vivan sus padres y expresan que "sobre ella solo adquirimos la plena propiedad cuando ocurra su deceso, quedando por tanto mientras viva él, bajo su usufructo" (fls. 38 y 38 vto., C-1).

2.4.- Antes de iniciar este proceso, la señora Gilma Mosquera de Díaz, aquí demandante adelantó uno en unión de otras personas contra los mismos demandados, con la pretensión de que se declarase la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 866 de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva el 22 de julio de 1975, proceso este que, aunque favorable a la actora en las instancias, finalmente le fue adverso, pues la Corte Suprema de Justicia, "luego de casar el fallo del tribunal revocó el del juzgado en razón a (sic) que la escritura 866 de 1975 de la Notaría 2a. de Neiva carece de la firma del Notario", según aparece en "las providencias judiciales de 16 de septiembre de 1986 y de 13 de febrero de 1987" (fl. 38 vto., C-1).

2.5.- La señora Ursulina Trujillo de

Mosquera, falleció el 5 de junio de 1981, y en el proceso de sucesión y liquidación de su sociedad conyugal, fueron reconocidos con interés jurídico para intervenir en él, su cónyuge Alfredo Mosquera Garzón, quien optó por gananciales y sus hijos legítimos Gilma Mosquera de Díaz, Alfredo, Fernando, Jorge y Gratiniano Mosquera Trujillo, la primera hoy demandante y los otros cuatro, aquí demandados.

3.- Notificados que fueron los demandados del auto admisorio de la demanda y corrido que fue el traslado de la misma y sus anexos, los demandados Alfredo Mosquera Garzón, Gratiniano, Alfredo, Fernando y Jorge Mosquera Trujillo, le dieron contestación como aparece a folios 81 a 83 del cuaderno uno. En ella, en síntesis expresaron atenerse a lo que se pruebe, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y, ello no obstante, manifestaron que, si fueren acogidas por la jurisdicción, se reconozca a los demandados como de "buena fé", pues no son ellos los responsables de las omisiones que se han señalado como fundamento de la demanda" (fl. 82, C-1), razón por la cual esa buena fé habrá de tenerse en cuenta para ordenar el reconocimiento y pago de las mejoras realizadas por los demandados en los predios a que se refiere el litigio.

4.- Para culminar con ello la primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Neiva, en sentencia dictada el 26 de mayo de 1989 (fls. 96 a

109, C-1), acogió las súplicas de la demanda, reconoció a los demandados "las prerrogativas contempladas en el artículo 966 del Código Civil en sus numerales 5o. y 6o.", como "poseedores de mala fé". Dispuso además, no ordenar la restitución del precio "porque a través de los autos se demostró que no fue pagado por la sociedad compradora" y "cancelar el registro de la demanda", cuya inscripción se había decretado como medida cautelar.

5.- Apelado el fallo del a-quo por los demandados, (fls. 111 a 116, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, -Sala de Familia-, desató la apelación mediante sentencia proferida el 29 de septiembre de 1992 (fls. 127 a 149, C-4). En ella, se confirmó la declaración de inexistencia de la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva; se dispuso tener "por no celebrado" el contrato de compraventa a que ella se refiere; se ordenó la restitución de los predios a que se refiere la demanda, a la sociedad conyugal y a la sucesión ilíquida de Ursulina Trujillo de Mosquera; se revocó el reconocimiento de "las prerrogativas contempladas en el artículo 966 del C. Civil en sus numerales 5o. y 6o." a los demandados como poseedores de mala fé, e igual se hizo respecto a lo dispuesto sobre no restitución del precio pactado por haberse "demostrado que no fue pagado por la Sociedad compradora". En su lugar, en cuanto hace a prestaciones mutuas, el tribunal ordenó, previas las compensaciones a que haya lugar, "el pago a favor de los demandados y con

cargo a la sociedad conyugal reconocida", de la suma de \$9'000.000, por concepto de mejoras; condenó a Alfredo Mosquera Garzón a pagar a los demás demandados la suma de \$1'000.000 "por concepto del precio de la finca El Hotel" y, finalmente, ordenó a los demandados restituir a "la sociedad conyugal formada por los esposos Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo de Mosquera, esta última fallecida, la suma de treinta y un millones veinte mil pesos (\$31'020.000).

II - MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1.- Luego de sintetizar el litigio y la actuación surtida en la primera instancia, el tribunal, tras analizar a espacio la legitimación activa y pasiva en este proceso, concluye que ésta y los presupuestos procesales se encuentran cumplidos, al igual que halla reunidos los elementos de validez de lo actuado, razón por la cual procede al estudio de mérito de la cuestión litigada.

2.- En ese orden de ideas, manifiesta el sentenciador que en el proceso se encuentra demostrado que la escritura pública cuya inexistencia se impetra declarar, no fue firmada "por el Notario Segundo de la ciudad de Neiva, ante quien la suscribieron las partes del negocio (fls. 21 y ss., C-1)" (fl. 135, cdno. Corte).

3.- A continuación, procede el tribunal a transcribir algunos apartes de la sentencia de casación de 16 de septiembre de 1986 y de la sustitutiva del fallo en ella casado, dictadas ambas en el proceso en que la aquí demandante reclamó de la jurisdicción se declarase la simulación del contrato contenido en la escritura pública No.866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva (folios 135 a 137, C-4) y expresa a renglón seguido que por las razones expuestas se ha de declarar la inexistencia de la escritura citada y, consecuentemente, el contrato de compraventa a que ella se refiere "se tendrá por no celebrado y sin efectos jurídicos (fl. 138, C-4).

4.- Sentado lo anterior, el tribunal manifiesta que, por encontrarse demostrado que la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda." recibió materialmente la finca objeto del litigio y, teniendo en cuenta que los demandados aceptan encontrarse en posesión del inmueble (fls. 2 y ss., C-3), a ellos les corresponde "restituirlo a favor de la sociedad conyugal Mosquera - Trujillo", cuya liquidación se adelanta en el proceso de sucesión de Ursulina Trujillo de Mosquera, restitución en la cual habrán de ser incluidos "los frutos civiles y naturales producidos desde la fecha del contrato de compraventa, dada la carencia de efectos jurídicos del proyecto de negocio" (fl.138, cdno. Corte).

3.- Dado que en el expediente aparece la

na de Justicia

demostración de que "las mejoras hechas al predio El Hotel y sus encierros", ascienden a la suma de nueve millones ciento cincuenta y nueve mil setecientos cincuenta (\$9'159.750), según el dictamen pericial que obra a folios 1 y ss. del cuaderno dos, tal suma "se reconocerá a favor de los demandados", pues ese dictamen, -prosigue el sentenciador-, "no fue objetado por la demandante y se observa consecuente con la realidad que entraña el manejo y la explotación adecuados de un predio rural" (fl.139, C-4).

6.- En punto a la restitución del precio pactado en el contrato que se dispone tener por no celebrado expresa el sentenciador que: "En verdad se trata de un extremo no debatido. No lo pidió tampoco la demandante, empero en el proceso, así hay que decirlo, se afirma que el vendedor recibió el pago del precio acordado, como se puede leer en la escritura cuestionada y en las respuestas de los demandados al cuestionario que les formuló el apoderado de la demandante (fls. 2 y ss. del C-3), afirmaciones que no fueron controvertidas; que no resultan desvirtuadas en el curso del proceso, al punto que la Sala considera que ciertamente el precio fue pagado como se estipuló en la escritura tantas veces mencionada" (fl.139, C-4), por lo que, siendo ello así, y para evitar el enriquecimiento ilícito del vendedor, "es necesario ordenar" que este "regrese a los compradores el valor total del precio recibido por concepto de la compraventa no realizada" (fl.140, cdno. citado).

7.- En cuanto al pago de los frutos civiles y naturales, asevera el tribunal que, en aplicación de lo dispuesto por el nuevo texto que el Decreto 2282 de 1989 imprimió al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, fue ordenada de oficio la práctica de algunas pruebas, conforme a las cuales (dictamen pericial, informes de compañías petroleras de la región), luego de su análisis (fls. 140 a 143, C-4), llega a la conclusión de que el dictamen de los peritos en mención solo puede aceptarse "en cuanto se refiere a la explotación agrícola a que ha sido sometido el inmueble y es por ello que ordenará en la parte resolutive que los demandados reintegren dentro del término que se señalará, a favor de la sociedad conyugal formada entre los esposos Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo, la suma de treinta y un millones veinte mil pesos (\$31'020.000.00) mcte., valor de los frutos civiles provenientes de los arrendamientos de los lotes de terreno, por tenerse este concepto como el más adecuado para tasar los citados rendimientos, ante dificultades para determinarlos por otros procedimientos, expuestos por los peritos y que la Sala acepta" (fls. 143 y 144, C-4).

8.- Insiste, luego el tribunal en que conforme a lo prescrito por los artículos 38, 40 y 100 del Estatuto de Notariado y Registro, la escritura pública que no haya sido autorizada por Notario es inexistente como tal y, en consecuencia, el contrato en

ma de Justicia

ella contenido ha de tenerse por no celebrado y sin efecto alguno.

9.- Por último, el sentenciador expresa que, "ningún pronunciamiento hará la Sala respecto de la décimosegunda copia auténtica de la escritura pública #866 del 22 de julio de 1975, procedente de la Notaría Segunda de Neiva, que fuera firmada por el Notario actual, en razón de la autorización que para el efecto otorgó la Superintendencia de Notariado y Registro, por medio de la Resolución #2736 del 14 de mayo de 1992, por tratarse de documento aportado al proceso inobservando la preceptiva de los artículos 174 y 183 del C. de P.C." (fl. 147, C-4).

III - LAS DEMANDAS DE CASACION

Dos demandas fueron presentadas para sustentar los recursos extraordinarios de casación por ellos interpuestos contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva - Sala de Familia-, en este proceso: la primera, por Gratiniano Mosquera Trujillo (folios 6 a 27, cdno. Corte); y la segunda, por Alfredo Mosquera Garzón, Alfredo, Jorge y Fernando Mosquera Trujillo (fls. 29 a 36, cdno. Corte).

Dado que, el único cargo propuesto en la

PLP-4293-12

ma de Justicia

primera de las demandas citadas y el primero de la segunda de ellas, son de idéntico contenido y están llamados a prosperar, la Corte solo avocará el estudio de estos, pues, en tales condiciones, el análisis de los demás se hace innecesario.

**CARGOS UNICO DE LA PRIMERA DEMANDA Y
PRIMERO DE LA SEGUNDA DEMANDA**

Como aparece a folios 17 a 27 y 39 a 49 del cuaderno de la Corte, en los cargos único de la primera demanda y primero de la segunda, -en texto idéntico-, se acusa la sentencia impugnada, "con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por la vía indirecta, por ser violatoria, por indebida aplicación del artículo 100 del Decreto-ley 960 de 1970, infracción proveniente de error de derecho consistente en la violación medio, por falta de aplicación, del artículo 228 de la Constitución Nacional y de los artículos 179, 180 y el inciso 4o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, contenido de una norma de carácter probatorio, y por indebida aplicación de los artículos 174 y 183 del mismo Código", infracciones todas relacionadas con la negativa a la apreciación de la décima segunda copia auténtica de la escritura pública número 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva (fls. 17 a 18, de este cuaderno, primera demanda, y 39 a 40 del mismo, segunda demanda).

Sala de Justicia

En desarrollo de la argumentación expuesta para la sustentación de los cargos así formulados, manifiestan los recurrentes que para el mejor entendimiento de la acusación es necesario recordar que en proceso anterior entre las mismas partes se impetró declarar la simulación del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública No.866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva, declaración que fue denegada luego de casado el fallo de segunda instancia en ese proceso, en cuya sentencia de reemplazo la Sala de Casación Civil entonces "se abstuvo de declarar inexistente la escritura, porque estimó que tal inexistencia era apenas temporal y no definitiva, toda vez que los interesados podían hacerla válida con la intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro." (fls. 18 y 40, primera y segunda demanda, respectivamente).

A continuación, los casacionistas expresan que: "Lo que la Corte advirtió que podía ocurrir fue lo que sucedió en el curso de este proceso. Que como el vicio de que adolecía la escritura 866 fue solamente la falta de la firma del Notario, pues en todo lo demás están cumplidos la plenitud de los requisitos que la ley exige para la validez del contrato de compraventa en ella contenido, la inexistencia transitoria desapareció". (fls. 19 y 41, cdno. Corte, primera y segunda demanda, en su orden). De tal manera que, en relación con tal escritura pública, "el Tribunal vió eso, que era inexistente pero no lo es. Vió la verdad real, la verdad

verdadera, pero se atuvo a una realidad procesal desaparecida, con apoyo en que la prueba de la existencia de la escritura que adolecía de inexistencia temporal fue aportada al proceso en forma irregular", actuación esta del tribunal que, a juicio de los recurrentes, coloca al sentenciador de segundo grado en posición de desconocer la verdad real, "para rendirle culto a principios procesales desde luego mal aplicados, como se verá a continuación", pues, con ello, "prevalció la ley procesal sobre la ley sustancial, con lo cual se viola el artículo 228 de la Constitución Nacional" (fls. 19 y 41, cdno. Corte, primera y segunda demanda en su orden).

Señalan luego los censores que el tribunal, al aducir como razón para dejar de apreciar la décimosegunda copia de la escritura pública en cuestión, dizque porque ella se adujo fuera de las oportunidades prescritas por los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil, no tuvo en cuenta que la firma de ese documento por el señor Notario Segundo de Neiva en mayo 27 de 1992, es un hecho posterior a la época de presentación y de contestación de la demanda y que, en este caso, olvidó el tribunal que se trata "de hechos nuevos que acaecen con posterioridad a la iniciación del proceso, los cuales obviamente no pueden estar debidamente probados hasta cuando sucedan". (fls. 20 y 42, cdno. Corte), por lo que, en casos tales, la ley impone su alegación al interesado, quien está gravado con la aportación de la prueba, para que se aprecie por el juez,

Trema de Justicia

aún decretando esa prueba en forma oficiosa (art. 179 y 180 del C.P.C.), aunque el artículo 305 manda que el juzgador, una vez que la prueba obre en autos debe "considerarla de oficio" en la sentencia.

Aducen además los recurrentes, que la controversia sobre la inexistencia de la escritura pública debatida en este proceso, necesariamente ha de verse afectada por el hecho de haber sido firmada por el Notario con autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro, hecho ocurrido con posterioridad a la demanda, como que esta "se presentó el 3 de junio de 1983 y la escritura adquirió la existencia de que adolecía el 27 de mayo de 1992, al ser firmada por el señor Notario" (fls. 22 y 44, cdno. Corte, demandas primera y segunda, en su orden), circunstancia esta que fue debidamente alegada antes de proferir el fallo impugnado, en la audiencia de segunda instancia durante el trámite del recurso de apelación. Ello significa, que el tribunal aplicó al caso litigado indebidamente los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil y dejó de aplicar el artículo 305 del mismo estatuto, aplicable al caso por tratarse de "hechos nuevos", cuya ocurrencia fue posterior a la demanda. Por tal razón, a juicio de los censores, ha de ser casada la sentencia que se impugna y, en su reemplazo, en sede de instancia, se ha de revocar la de primera, para en su lugar, declarar la existencia de la escritura pública No.866 de 22 de julio de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva

tema de Justicia

(fls. 26 y 49 de este cuaderno, primera y segunda demandas de casación).

CONSIDERACIONES

1.- Es verdad averiguada que las sentencias de segundo grado pueden ser atacadas por violación indirecta de las normas sustanciales, cuando, según las circunstancias que se tuvieran o debieran tener presente, se sujetan en su formulación a la técnica de casación.

1.1.- Primeramente advierte la Sala que se encuentran sometidas a estatuto especial tanto las formalidades de las escrituras públicas, como aquellas que en particular se refieren a la autorización y firma del notario.

1.1.1.- En efecto, recuerda la Sala que conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto-Ley 960 de 1970, el proceso de "perfeccionamiento" de una escritura pública, comprende varias etapas sucesivas e independientes entre sí, que, aunque de suyo son actos separables, en conjunto constituyen un acto complejo, al término del cual nace a la vida jurídica esa categoría especial de instrumento público que el legislador denomina escritura pública, es decir, el documento contentivo de declaraciones emitidas ante notario en

Suprema de Justicia

actos jurídicos y que se incorpora al respectivo protocolo.

En ese orden de ideas se distinguen con absoluta claridad, la recepción de las declaraciones; la extensión de las mismas, o sea su "versión escrita"; el otorgamiento, o sea el asentimiento de los otorgantes al texto que ha sido extendido; y, por último, la autorización que, conforme al tenor de la ley (art. 14, Decreto-Ley 960 de 1970), "es la fe que imprime el notario" al instrumento, "en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados". Es decir, el Notario como guardián de la fé pública, con su firma, que estampa "en último lugar" (art. 40, Decreto-Ley 960 de 1970), asevera que ese instrumento público fue elaborado con estricto cumplimiento "de los requisitos formales del caso" y que los otorgantes, de otro lado, "presentaron los comprobantes pertinentes"; y, a virtud de ello, le imprime entonces con el acto de firmarla, el carácter de escritura pública en ese documento que habrá de ser protocolizado como tal.

1.1.2.- De otra parte, con estricto rigor lógico-jurídico, el decreto 960 de 1970, por el cual se expidió el "Estatuto del Notariado", dedica el Título III a la "Invalidez y Subsanación de los Actos Notariales", lo que, de entrada, muestra a las claras que el legislador extraordinario distinguió ab-

tema de Justicia

inicio entre los actos nulos y aquellos simplemente irregulares. Los primeros, son los que tienen ocurrencia cuando "desde el punto de vista formal", se omite el "cumplimiento de los requisitos esenciales" en los casos específicamente determinados por el artículo 99 de ese estatuto, y se sanciona con la invalidez el acto notarial que adolezca de uno cualquiera de los vicios allí señalados. En cuanto a los demás, es decir, los afectados de simple irregularidad, pueden ser objeto de "subsana-ción", de enmienda o corrección, y de ello se ocupan las restantes normas del citado Título III del Decreto-Ley 960 de 1970. Ello acontece con el artículo 100 de ese estatuto, según el cual, cuando quiera que en un instru-mento público en proceso de perfeccionamiento como la escritura pública faltare la autorización notarial, mientras ella no se produzca, no se adquiere esa calidad, ni ese documento tiene existencia como escritura pública.

Con todo, si al instrumento "faltare solamente la firma del notario", sin causa que justifique la negativa a su autorización, puede quien se encuentre en el cargo suscribir el instrumento previa autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro (arts.100, Decreto-Ley 960 de 1970 y 47 del Decreto 2148 de 1983), la que será concedida "con conocimiento de causa", hipótesis esta en la que por el cumplimiento de la última de las etapas previstas en la ley para que el "perfeccionamiento" de la escritura pública, es decir, por la "autorización" (arts.13 y 14,

Suprema de Justicia

D-Ley 960 de 1970), el instrumento que hasta antes de ella era inexistente como escritura pública, adquiere plena existencia como tal.

1.2.- Siendo así las cosas, resulta pertinente concebir varias posibilidades de alteraciones de documentos escriturarios, tal como cuando iniciado un proceso declarativo de inexistencia de escritura pública por falta de la firma del notario, con posterioridad a dicha iniciación y estando en curso dicho proceso, se obtiene la subsanación de la firma con autorización de la superintendencia de notariado y registro, la que antes de la sentencia de primer o segundo grado es aducida y aportada por las partes para que sea tenida en cuenta en la decisión final de aquella pretensión. En tal situación, el juez puede encontrarse en el deber excepcional o ineludible de decretar de oficio la prueba, so pena de violar las reglas de disciplina probatoria aplicable a la norma.

1.2.1.- Ciertamente, como en muchas ocasiones lo ha reiterado esta Corporación la atribución que la ley le otorga al juez o magistrado para decretar pruebas de oficio cuando quiera que "las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes" (art.179 C.P.C.) si bien, por el interés público del proceso, no constituye una facultad sino un deber para tales funcionarios establecida para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente (Sentencia

Suprema de Justicia

No.444 del 26 de octubre de 1988); no es menos cierto que sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuales son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador de la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que solo a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues le basta decretarlas sin recurso alguno (art.179, inc. 2o. C.P.C.) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues, solo depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso.

1.2.2.- Sin embargo, cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub-exámene, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea

Suprema de Justicia

inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajena a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar mas ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así, corresponde al juez el deber ineludible de decretar de oficio dicha prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso, pueda proceder mediante su apreciación a adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales y sobrevinientes. Porque la atribución legal para decretar de oficio las pruebas, por las circunstancias objetivas y ostensibles que rodean el caso, imponen el deber ineludible de hacer uso de dicha atribución, pues no hay fundamento alguno para considerar inútil dicha prueba, ni para estimarla extraña a las alegaciones de las partes, sino, por el contrario, dicha prueba resulta necesaria para precaver una decisión absurda y contraria a la realidad.

Y ello precisamente se presenta

PLP-4293-22

tema de Justicia

cuando frente a una pretensión inicial de inexistencia de una escritura pública determinada fundada en la omisión de la firma notarial, le sobreviene durante el proceso la alegación y prueba de la subsanación por orden del competente, de la firma del notario. Porque en dicho evento, al prescindirse de esta prueba (por no incorporarse legalmente) se arriesga el juzgador a adoptar una decisión relativa a la ausencia de firma del notario, cuando, de acuerdo con la prueba aducida, se sugiere, a pesar de que aún no sea regular, que ella ya existe de acuerdo con el procedimiento posterior. Luego autorizar una decisión en este sentido no solo resulta absurda sino igualmente contraria a la realidad, porque sería permitir que se adopte una resolución sobre una prueba de una escritura que carece de la firma del notario, cuando por otra parte existe otra prueba de la misma escritura que muestra lo contrario, es decir, que sí tiene firma. De allí que la interpretación legal que autorice tal absurdo, que se consigue no decretando de oficio la referida prueba, no deba estimarse como la mas acertada. Luego, esta última no ha de ser otra que la de asumir el deber ineludible de dictar el decreto de oficio de la prueba correspondiente, para proceder luego a la decisión pertinente.

Luego, bajo la inteligencia que aquí se le da al artículo 179 del C.P.C., en armonía con el 180 ibidem, el deber de decretar de oficio una prueba asume el carácter ineludible cuando quiera que por las

Suprema de Justicia

circunstancias objetivas (ajenas a la negligencia, y maniobras de las partes) y ostensibles del proceso, es la actitud pertinente para ajustar la realidad probatoria a los hechos sobrevinientes aducidos y probados, que impidan fallos absurdos contrarios a la realidad última alegada y probada. Si ello es así, síguese entonces que la violación de este deber que excepcionalmente se torna ineludible en este caso, constituye un quebranto a la norma de disciplina probatoria mencionada, que, a su vez, impide, contrariando dicho precepto, otorgarle valoración probatoria precisamente a la prueba que, por los anteriores motivos, debió ineludiblemente ser decretada e incorporada de oficio con la consiguiente contradicción del caso. Por esta razón, excepcionalmente en este caso se incurriría en error de derecho alegable en casación cuando frente a la situación concreta mencionada, que, como se vió, supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviniente, que al no ser decretado de oficio, contrariando la ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la norma sustancial contemplada en el artículo 100 del Decreto 960 de 1970.

2.- Sentado lo anterior, se observa por la Corte que los cargos propuestos como único en la primera demanda y como primera en la segunda, han de prosperar, por las razones que van a expresarse a continuación:

Tribunal de Justicia

2.1.- Es verdad incontrovertida en este proceso, que el objeto del litigio es que se declare la inexistencia de la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva, como quedó establecido en la demanda y su contestación.

Es igualmente cierto que al expediente fue allegada copia auténtica (décimosegunda) de la referida escritura pública, en el texto de la cual aparece una constancia suscrita por el señor Notario Segundo del Círculo de Neiva el 27 de mayo de 1992, en la que expresa que la suscribe, con autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro, "conforme a la Resolución No.2736 del 14 de mayo de 1992, protocolizada mediante escritura No.1407 de fecha 25 de mayo de 1992" (folio 96, C-4).

2.2.- En la sentencia objeto de impugnación mediante los recursos extraordinarios en los cuales se formulan los cargos que se analizan ahora por la Corte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, manifestó que sobre la copia auténtica de la escritura pública mencionada en el numeral inmediatamente precedente, no haría "ningún pronunciamiento" en la parte resolutive, en razón de "tratarse de documento aportado a proceso inobservando la preceptiva de los artículo 174 y 183 del C. de P.C." (fl. 147, C-4).

Auto Suprema de Justicia

2.3.- Así las cosas, salta a la vista que el sentenciador de segundo grado pasó por alto en forma absoluta lo dispuesto por los artículos 179, 180 y 305 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de no darle cumplimiento al deber ineludible que este caso tenía para decretar de oficio la prueba que con relación a un hecho se le aducía como extintivo de la pretensión inicial formulada, con lo cual impidió igualmente la posibilidad de la aplicación del artículo 305 citado; lo que, en su conjunto llevó al sentenciador a violar indirectamente el artículo 100 del Decreto 960 de 1970.

2.3.1.- En efecto, por ese deber, ineluctable en este caso, el juzgador de instancia también quebrantó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, norma esta que precisamente para impedir fallos contrarios a la realidad de la vida, formalmente impecables pero en contraevidencia rotunda con la verdad material, ordena al juzgador que cuando ocurran con posterioridad a la presentación de la demanda hechos nuevos, que por su propia índole sean modificatorios o extingan la relación jurídico-sustancial controvertida, esos hechos sobrevinientes habrán de ser tenidos en cuenta en la sentencia, supuesto, como es obvio, que aparezcan probados y que hubieren sido alegados a más tardar en los alegatos de conclusión, lo que, en rigor se cumplió a cabalidad en el caso sub-lite, como aparece de bulto en el acta de la audiencia pública que en virtud de lo pedido por la parte demandada y en cumplimiento de lo

Arma de Justicia

prescrito por el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, se celebró en el curso de la segunda instancia (fls. 113 a 115, C-4).

2.3.2.- Si, como aparece en el acta mencionada, los apoderados de las partes en forma expresa se refieren a la décimo-segunda copia de la escritura pública cuya inexistencia se impetró declarar por la jurisdicción, y está aceptado por ellos que la firma del Notario fue impuesta en ese instrumento luego de presentada la demanda y antes de la audiencia referida (la escritura pública fue firmada por el Notario el 27 de mayo de 1992, por autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro conferida por Resolución # 2736 de 14 de mayo de 1992, y la audiencia pública aludida se celebró el 3 de septiembre de 1992), es imperativa la conclusión de que el hecho sobreviniente, debió ser objeto de decreto de prueba de oficio por reunir las condiciones arriba citadas, a fin de que pudiera ser apreciada "en la sentencia". Más, como así no procedió el sentenciador de segundo grado, resulta de ello que se llevó de calle lo preceptuado por los artículos 179, 180 y 305 del Código de Procedimiento Civil pretextando que la prueba de haberse suscrito tal escritura pública no se allegó dentro de las oportunidades probatorias (arts. 174 y 183, C.P.C.), pues, como se dijo, estaba, conforme a las normas citadas, en el deber forzoso de decretar de oficio esa prueba, antes de proceder a dictar sentencia. En efecto, resulta de bulto que el hecho sobreviniente en

to Suprema de Justicia

torno a la relación jurídico-sustancial materia de debate judicial ocurrió después y no antes de la demanda inicial de este proceso y, además, que la prueba del mismo se allegó antes de la audiencia convocada durante el trámite del recurso de apelación (art. 360 C.P.C.) y que, por si fuera poco, a la escritura pública ya firmada por el Notario se refirieron las partes, sin objetarla ni tacharla, durante la celebración de esa audiencia, ni tampoco con posterioridad a ella. Sin embargo, fue ostensible el incumplimiento del juzgado frente al deber ineludible que existía en el presente caso para decretar de oficio dicha prueba, a fin de que, una vez incorporada al proceso y controvertida, pudiera ser apreciada en la sentencia en el sentido que resulta pertinente. Luego, al no hacerlo así incurrió en error de derecho al quebrantar las mencionadas normas de disciplina probatoria con relación a la citada prueba, y que, de contera, le impidió darle el valor probatorio que le asigna la ley para la incorporación regular.

2.3.3.- Agréguese a lo dicho, que el pronunciamiento judicial de ser la escritura pública en cuestión inexistente como tal, pese a que el Estado, por conducto de la autoridad pública (Superintendencia de Notariado y Registro) autorizó su suscripción posterior por el Notario Segundo de Neiva, equivaldría a desconocer por completo, sin razón jurídica alguna la validez y eficacia de ese acto, para dar por no existente lo que manifiestamente existe, posición esta que sería no

solo reñida con la lógica, sino violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 305 del C.P.C. y 100 del Decreto 960 de 1970.

2.3.4.- Viene entonces de lo dicho, que la sentencia impugnada habrá de ser casada por la Corte. Sin embargo, previamente a la sentencia sustitutiva esta Corporación decretará de oficio algunas pruebas (arts.375, 179 y 180 C.P.C.).

IV - D E C I S I O N :

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, C A S A la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, el 29 de septiembre de 1992 en el proceso iniciado por GILMA MOSQUERA DE DIAZ contra la sociedad "AGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. (en liquidación), ALFREDO MOSQUERA GARZON, ALFREDO, JORGE, FERNANDO Y GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO y, actuando en sede de instancia, previamente al fallo correspondiente, conforme a lo dispuesto por los artículos 375, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, RESUELVE:

DECRETAR de oficio la incorporación como prueba regular del presente proceso las copias auténticas de las escrituras públicas No.866 del 22 de julio de 1975 y No.1407 del 25 de mayo de 1992 de la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, que obran a folios 92 a 103, C-4,

Suprema de Justicia

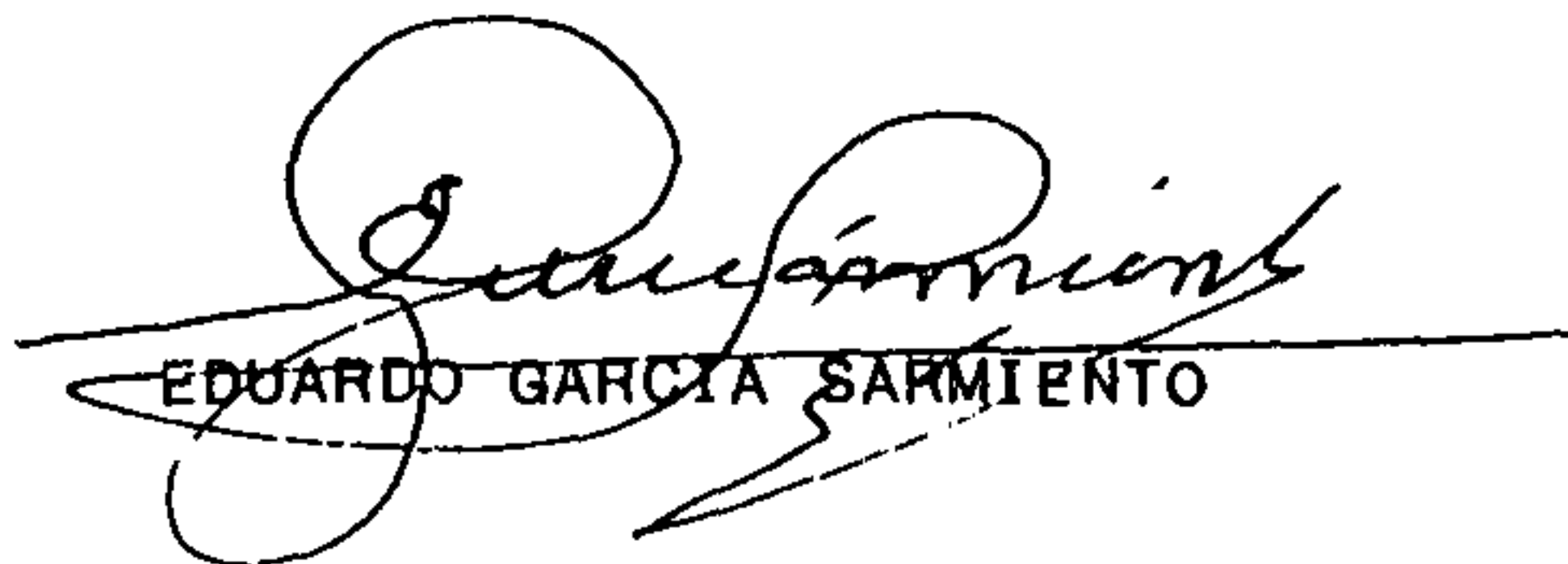
presentadas por el demandado Gratiniano Mosquera Trujillo (fl.90, C-4), y a las cuales aludieron las partes en la audiencia a folios 113 y ss. del C-4.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación, por su prosperidad. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.



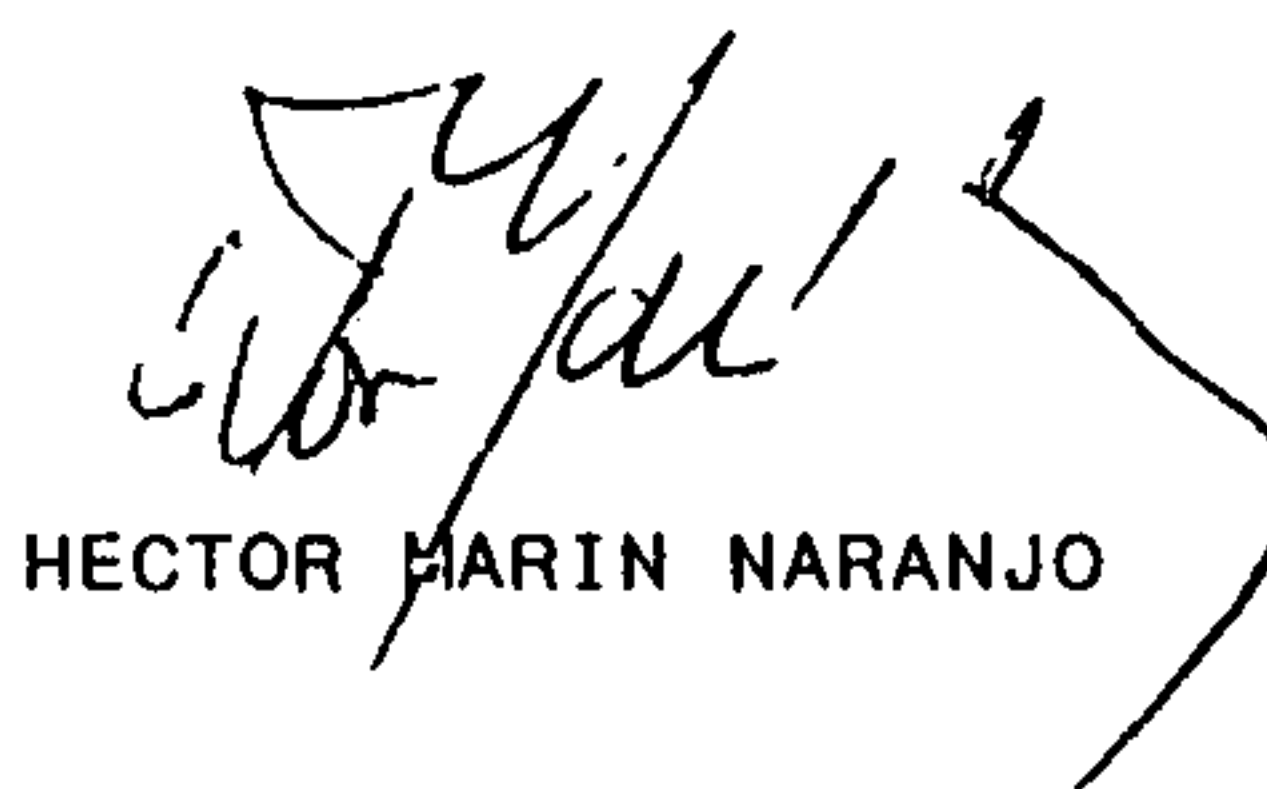
PEDRO FARGONI PIANETTA



EDUARDO GARCIA SARMIENTO



CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

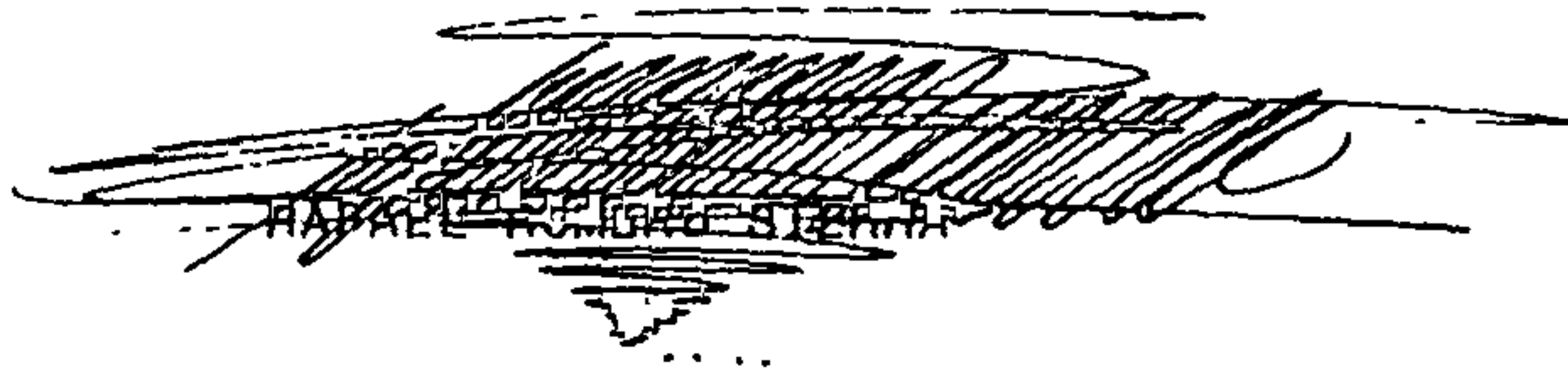


HECTOR MARIN NARANJO

Suprema de Justicia

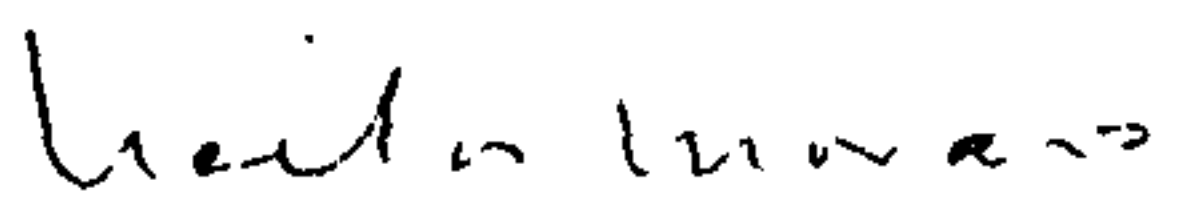
Referencia: Expediente No.4293

ALBERTO OSPINA BOTERO
en permiso



Santafé de Bogotá, D.C., septiembre doce (12) de mil novecientos
noventa y cuatro (1994)

La presente providencia no la suscribe el magistrado doctor Alberto
Ospina Botero, por cuanto no participó en su discusión y aprobación
por encontrarse en uso de permiso.


HECTOR MORENO ALDANA
Secretario